ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 30 – maio/junho/julho - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A CONCESSÃO DE USO PARA FINS DE MORADIA COMO FORMA DE CONCRETIZAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti

Mestre em Direito Público pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Procuradora do Município do Recife, Professora de Direito Administrativo da Faculdade Marista Recife e da ESMAPE – Escola de Magistratura de Pernambuco.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por escopo demonstrar que a concessão de uso especial para fins de moradia em imóvel público tem o condão de efetivar a função social da propriedade pública, pois impõe ao poder público a utilização dos bens públicos de acordo com a sua destinação, de forma a garantir o bem estar dos habitantes da cidade e conseqüentemente a função social da propriedade pública.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) estabeleceu as diretrizes gerais para a política urbana, regulamentando o art.182 e 183 da Constituição Federal.

No referido diploma legal, a Seção VI tratou da concessão de uso especial para fins de moradia, no entanto, a referida seção foi totalmente vetada e posteriormente foi editada a MP 2.220/2001 que trata do tema e ainda está em vigor, por força do art. 2º da Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001.

A mencionada medida provisória regulamenta a concessão de uso especial para fins de moradia em imóvel público, estipulando as condições para a aquisição do aludido direito por quem ocupa este tipo de imóvel, desde que preenchidos todos os requisitos previstos na medida provisória.

Por certo, as áreas públicas sempre sofreram ocupações irregulares, em especial, por pessoas menos favorecidas, refletindo um problema social e ao permitir ditas ocupações o poder público reafirma sua omissão na fiscalização dos usos que deveriam ser dados aos bens públicos.

Por força do disposto no art. 183 § 3º da Constituição Federal, essas pessoas que ocupam áreas públicas não podem jamais usucapir ditos bens públicos e a imposição da concessão de uso especial para fins de moradia representaria uma solução para o problema social e para a omissão

do poder público, na medida em que impõe a obrigação de conceder o uso de bem público a quem preencha os requisitos estabelecidos pela Medida Provisória 2.220/2001.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal do Brasil alçou à categoria de direito fundamental a propriedade, ao determinar no art. 5º, XXII que "é garantido o direito de propriedade", no entanto, condicionou o exercício deste direito à sua função social ao fixar que "a propriedade atenderá sua função social". A idéia de que o exercício do direito de propriedade está condicionado à sua função social, também se encontra presente no art. 170, III ao estipular a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e no art. 182, § 2º ao estipular que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

Como bem propõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> Sem dúvida, a propriedade não é sagrada, como afirmava a Declaração de 1789. É um direito fundamental que não está nem acima nem abaixo dos demais. Deve, como os demais, sujeitar-se ás limitações exigidas pelo bem comum. Pode ser pedida em favor do Estado quando o interesse público reclamar, como a vida tem de ser sacrificada quando a salvação da pátria o impõe. Pode ser recusada quanto a certos bens cujo uso deva ser deixado a todos, quando a exploração deles não convém que se faça conforme a vontade de um ou de alguns cidadãos. Tem de ser respeitada, porém, até que se prove existir liberdade sem ela como instrumento, segurança sem ela como garantia.[1]

A importância constitucional dada à função social da propriedade também se verifica em outros países como na Itália e em Portugal.

Ao Comentar a Constituição Italiana, Martines realça que o seu art. 42, busca assegurar que o direito de propriedade seja reconhecido

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.305.

como um direito subjetivo enquanto atende uma função social, entendida a função social como meio de atuação de acordo com o interesse público. [2]

O doutrinador Jorge Miranda, ao apreciar a Constituição portuguesa, no tocante ao direito de propriedade, assevera que o "direito de propriedade, é uma garantia institucional e um direito fundamental", ficando "condicionado por outros interesses e valores da ordem econômica e posto ao serviço de um a função social."[3]

Eros Grau, ao analisar a função social da propriedade como princípio da ordem econômica registra que:

> O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o principio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em beneficio de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteira mente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de policia*.[4]

Assim, atender a função social da propriedade não é utilizar a propriedade sem prejudicar o terceiro, mas sim utilizar a propriedade em benefício da coletividade, pois se fosse possível utilizar a propriedade apenas sem prejudicar o terceiro, não existiria limitação alguma ao direito de propriedade, o que não é o caso, pois a propriedade está condicionada a sua função social.[5]

2.2. COMO EFETIVAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

A Constituição Federal no seu art. 182, § 2º dispõe que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"

---

[2] MARTINES, Temistocle. Diritto Constituzionale. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 694

[3] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª Ed. Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 523 e 528.

[4] GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006 P. 245

[5] "A garantia da propriedade não tem incidência, portanto, nos casos em que a propriedade não atenda a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio". TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia Da Propriedade no Direito Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N. 6, junho de 2005, p. 107.

Para aqueles imóveis urbanos que não estão atendendo à sua função social o § 4º do art. 182 da Constituição Federal dispõe:

> § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Sendo tais dispositivos aplicáveis a imóveis privados, poder-se-ia questionar como seria possível efetivar a função social da propriedade em imóveis públicos e ainda indagar se realmente haveria uma função social da propriedade pública[6].

Seguindo o posicionamento de Sílvio Luís Rocha seria possível imprimir à propriedade pública uma função social, uma vez que os bens públicos são instrumentos "para a realização, pela Administração Pública, dos fins a que está obrigada", estando os bens públicos "predestinados a atender a fins públicos e não a fins particulares" [7].

Em artigo intitulado "Função Social da Propriedade Pública", Maria Sylvia Zanella Di Pietro[8] registra que a função social da propriedade pública não aparece tão clara na Constituição Federal, no entanto, ao dispor o art. 182 que seria objetivo da política de desenvolvimento urbano "o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e garantir o bem estar de seus habitantes", sintetizaria a função social da propriedade pública. Em seguida registra a autora:

---

[6] Em artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo a Profa. Nilma Abe conclui que a aplicação do instituto da função social à propriedade seria incompatível com o regime de Direito Público. ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a Inaplicabilidade da Função Social á Propriedade Pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 9, fevereiro-março-abril 2007, www.direitodoestado.com.br, acesso em 30 de agosto de 2010

[7] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124-125.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 9, abril-maio-junho 2006, www.direitodoestado.com.br, acesso em 30 de agosto de 2010.

> Falar em *função* 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 sustentável

Para verificar se os bens públicos estão realmente cumprindo sua função social importante averiguar se os mesmos estão sendo utilizados de acordo com a sua destinação e para isso se faz necessário analisar a definição de bens públicos, bem como a sua classificação, tudo com vista a verificar se os seus usos estão de acordo com os fins pretendidos pela Administração Pública.

3. OS BENS PÚBLICOS E A SUA UTILIZAÇÃO COM VISTAS À CONSECUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

3.1. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Para se tratar de função social da propriedade pública, necessário uma abordagem acerca dos bens públicos e sua utilização.

O art. 98 do Código Civil considera como públicos “os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Conforme registra Clóvis Beviláqua:

> Não compete certamente ao direito civil fazer a distribuição dos bens públicos entre a União, os Estados e os Municípios. É matéria da competência do direito constitucional e administrativo.
> No direito pátrio, esta doutrina se reforça com a influência da organização federativa. A Constituição Federal delimita os bens entre a União e os Estados; e as constituições estaduais discriminam as fontes de renda e os patrimônios dos respectivos municípios.
> Os códigos, que se modelaram pelo francês ocuparam-se desta matéria com todas as minúncias; mas já o alemão seguiu rumo diverso, indo na sua esteira o do Japão e o Suíço.[9]

O art. 99 do Código Civil classifica os bens públicos em :

> Art. 99 –São bens públicos:
> I **-** os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

[9] BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: 2001, RED Livros, p. 269-270.

> II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
> III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

A partir da classificação dos bens públicos pode se averiguar qual o uso de cada uma das categorias e com base em ditos usos é possível verificar se está havendo o cumprimento da função social dos bens públicos

3.2. USO DOS BENS PÚBLICOS

Os bens públicos devem ser utilizados de acordo com a sua classificação, no caso dos bens de uso comum do povo e de uso especial há uma afetação, na medida em que têm uma destinação específica. Em razão dessa destinação, Celso Antônio adverte que a "afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como desafetação é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público". [10]

Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, os bens públicos podem ser usados privativamente pelos particulares, mediante instrumento jurídico próprio, quais sejam concessão, permissão e autorização de uso de bem público, concessão de direito real de uso (Dec. 271/67), concessão especial para fins de moradia e enfiteuse. Ressalta o autor que "a utilização de bens públicos pelos particulares, como é natural, depende do tipo de bem (bem de uso comum, de uso especial e dominical), mas se propõe em relação a quaisquer destas categorias." [11]

O bem público cumpre sua função social na medida em que é utilizado paras os fins a que se propõe e na hipótese do bem público ser usado pelo particular, sem o respectivo instrumento jurídico que o possibilite de usar privativamente o bem, tal uso seria irregular.

Na hipótese de uso privativo de bem por particular, o decurso de tempo não poderá ensejar a aquisição da propriedade por usucapião, pois os bens públicos são imprescritíveis (art. 100 do CC e art. 183, § 3º, CF).

3.3. IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PÚBLICA POR USUCAPIÃO

O art. 183 § 3º da Constituição Federal dispõe que "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião", no mesmo sentido o Código Civil art. 102 determina que " Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião."

[10] MELLLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 905
[11] Ob. Cit. P.915-924

A função social da propriedade pública é garantida no momento que se faz o seu uso adequado, ao ser impossível ao particular usucapir bem público, de forma indireta estar-se-á garantindo o cumprimento da função social da propriedade pública, ou seja, o bem público deve atender sua destinação específica e servir à coletividade e não ao particular. [12]

O art. 183, § 3º da Constituição Federal que determina que os imóveis públicos não podem ser usucapidos está inserido no capítulo Da Política Urbana e nos termos do art. 182 do mesmo capítulo a política de desenvolvimento urbano será "executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

As diretrizes gerais da política urbana estão fixadas na Lei 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade e nos seus dispositivos resta claro a busca pela cidade sustentável e a concretização da função social da propriedade.

4. O ESTATUTO DA CIDADE E A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001

4. 1. O ESTATUTO DA CIDADE E A POLÍTICA URBANA

A Lei 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, traça as diretrizes gerais da política urbana, regulamentando o disposto nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal.

No Brasil se observou um processo de urbanização[13] crescente e de forma desordenada. Após a promulgação do Estatuto da Cidade o Estado Brasileiro se deu conta da importância em ordenar as cidades e a sua implementação pode representar a melhoria e a correção das distorções da política urbana no país.

O art. 1º do Estatuto da Cidade dispõe:

[12] Tanto os bens públicos de uso comum do povo, como os de uso especial e os dominiais devem cumprir sua função social. No tocante aos bens dominiais poder-se-ia indagar se realmente há uma função social a ser cumprida, uma vez que tais bens integram o patrimônio público a título de direito real ou pessoal, no entanto, conforme alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro em relação a esses bens "a função social impõe ao poder público o dever de garantir a sua utilização por forma que atenda às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressa no plano diretor, dentro dos objetivos que a Constituição estabelece para a política de desenvolvimento urbano". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 9, abril-maio-junho 2006, www.direitodoestado.com.br, acesso em 30 de agosto de 2010)

[13] No dizer de José Afonso da Silva "emprega-se o termo 'urbanização' para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. Não se trata de mero crescimento das cidades, mas de um fenômeno de concentração urbana" (SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 4ª Ed.São Paulo: Malheiros, 2006, p.26)

> Art. 1º - Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.
>
> Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O Estatuto da Cidade, na verdade, surge como forma de concretizar a função social da propriedade prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, mencionando uma série de instrumentos, tais como a instituição de unidades de conservação; instituição de zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso; concessão de uso especial para fins de moradia; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir e operações urbanas consorciadas, dentre outros. Tais instrumentos poderão ser utilizados pelas administrações municipais, visando exatamente a ordenação da cidade.

Podemos visualizar o Estatuto da Cidade como uma "caixa de ferramentas", podendo o administrador municipal lançar mão daqueles instrumentos que mais se adequem à realidade do seu município, delineando a função social da propriedade naquela localidade.

4.2 A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.200/2001 INSTITUINDO A CONCESSÃO ESPECIAL DE USO PARA FINS DE MORADIA

A Seção VI do Estatuto da Cidade que tratava da concessão especial de uso para fins de moradia foi totalmente vetada [14], no entanto a MP

[14] " Nas razões do veto de veto, S. Exa. Entendeu que o projeto contrariava 'o interesse público sobretudo por não ressalvarem do direito à concessão de uso os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em casos de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco' . Refere-se, também, ao fato de que o disposto no *caput* do art. 15, a expressão 'edificação urbana ', permitiria a regularização de cortiços em imóveis públicos, além da falta de estipulação de 'uma data limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerada em décadas de urbanização desordenada '. Expõe finalmente, o provável congestionamento no Poder Judiciário em razão do grande número de demandas, que, 'num prazo razoável, poderiam e deveriam ser satisfeitas na instância administrativa'" (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: RT, 2002, p. 61)

2.200/2001 foi editada para regular a possibilidade de implementar a concessão especial de uso para fins de moradia.

As áreas públicas sempre sofreram ocupações irregulares, em especial, por pessoas menos favorecidas, refletindo um problema social e muitas vezes a omissão do poder público permitiu referidas ocupações, no entanto essas pessoas não poderiam jamais usucapir os bens públicos ocupados e uma das soluções para o problema social e para a omissão do Poder Público foi a inserção no direito pátrio da figura jurídica da concessão especial de uso para fins de moradia.

Como dito anteriormente, o bem público cumpre sua função social na medida em que é utilizado paras os fins a que se propõe, quando sua utilização ocorre fora dos parâmetros legais, necessário ser corrigida tal distorção e isto pretendeu o Estatuto da Cidade ao dispor nos arts. 15 a 20 sobre a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia com o objetivo de regularizar as ocupações existentes em áreas públicas, no entanto, tais dispositivos foram vetados e posteriormente foi editada a Medida Provisória 2.220/2001 regulamentando tal direito. Trata-se de um verdadeiro direito subjetivo do ocupante de bem público que preencha os requisitos fixados na medida provisória.

A edição da MP 2.220/2001 constituiu uma grande possibilidade para se efetivar a regularização fundiária em áreas invadidas, mas como alerta Odete Medauar[15]:

> "Essa modalidade de concessão volta-se para situações passadas, ocorridas até 30.06.2001, segundo a referida medida provisória, mas projeta para o futuro um uso privativo de bem público. A denominação de "de uso especial" foge ao sentido clássico dessa expressão, que designa o bem público utilizado na prestação de serviços públicos e para sediar repartições públicas."

Também há de ser lembrado que o direito à moradia é garantido pelo art. 6º da Constituição Federal e com a edição da MP 2.220/2001 se reconheceu ao possuidor de bem público tal direito. Este entendimento é corroborado pela assertiva de José dos Santos Carvalho Filho de que "o direito à propriedade, no usucapião, e o direito ao uso de imóvel público, na concessão de uso especial, retratam direitos-meio pra o exercício do direito-fim- este o direito à moradia, verdadeiro pano de fundo daqueles outros direitos". [16]

Destaque-se que em muitos trechos da medida provisória os requisitos para a concessão de uso para fins de moradia se assemelham aos da usucapião urbana, sem contudo o possuidor adquirir a propriedade, mas sim o direito de uso, pois consoante afirma Régis Fernandes a concessão de uso especial para fins de moradia, "é a única forma de garantir a posse e a

[15] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p.
[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1284.

permanência daqueles que estariam em condições de adquirir a propriedade desses bens, caso não fossem públicos."[17]

4.3. DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001.

A constitucionalidade da medida provisória em análise tem sido questionada na doutrina [18], como pode se verificar da opinião de Lúcia Valle Figueiredo:

> 3.2.2. Não vemos, na análise de competências constitucionais, como entender que a outorga da *concessão de uso especial,* no que concerne aos Estados, Municípios e Distrito Federal, possa se encartar no conceito de normas gerais. Portanto, vemos nítida invasão da competência legislativa da União nesses outros entes políticos.
> 3.2.3. Além disso, se a concessão especial de uso é obrigatória para os que, por cinco anos, ocuparam determinada área (de até 250metros), não poderia ser limitada à data de 30.6.2001 (o Texto Constitucional não faz qualquer restrição).
> 3.2.4. O termo final (30.6.2001) não tem qualquer pertinência lógica com a situação discriminada, por isso mesmo atenta contra o princípio da igualdade.
> (...)
> Realmente, ainda que tenha o Estatuto da Cidade tentado, com a figura jurídica criada, resolver os difíceis problemas criados quer pela omissão, incúria e políticas econômicas, por vezes desarrazoadas, temos de rejeitas as inconstitucionalidades.[19]

No entanto, não houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou não da MP 2.20/2001 e sua aplicabilidade foi reforçada quando a Lei 11.481/07, que prevê medidas destinadas à regularização fundiária, incluiu no art. 1225 do Código Civil a

---

[17] Ob. Cit. p. 62
[18] " Tal instrumento é bastante polêmico, em que pese ser bastante útil para a Regularização Fundiária de terras públicas e que poderá substituir com vantagens a concessão de direito real de uso, face à possibilidade de registro independente da regularização do solo. A sua constitucionalidade é questionada seja por sua semelhança com a usucapião especial urbanas, seja por ofensa a autonomia administrativa de ente federativo por dispor sobre patrimônio público de ente federativo autônomo". (GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia digna- Teoria e prática. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p.92)
[19] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 106-107.

possibilidade de hipoteca dos direitos de uso especial para fins de moradia e a Lei 11.481/07.

Ao tratar da concessão especial para fins de moradia, Celso Antônio Bandeira de Mello registra que:

> "a já citada Medida Provisória 292, de 26.4.2006 (também ela expedida fora dos pressupostos constitucionais – com o quê, todavia, nem o Legislativo nem o STF se importam minimamente), ao produzir modificações na Lei 9.636, de 15.5.1998, concernente a imóveis da União, dispôs que a concessão em apreço pode incidir sobre tais bens, inclusive sobre terrenos de marinha e acrescidos. É o que consta do art.22-A, introduzido na lei pela referida medida provisória e mantido pela Medida Provisória 335, de 23.12.2006, que tornou regular a matéria."[20]

A Medida Provisória 2.200/01, apresenta no seu art. 1º uma redação similar à contida no art. 1240 do Código Civil, tratando a concessão de uso especial para fins de moradia, de forma assemelhada à usucapião especial urbana, sendo previsto como requisitos para que se configure o direito à concessão especial de uso para fins de moradia o seguinte: a) posse pelo prazo de cinco anos até 30 de junho de 2001; b) posse ininterrupta e sem oposição (contínua, mansa e pacífica); c) imóvel público de até duzentos e cinqüenta metros quadrados localizado em zona urbana; d) ocupação para moradia do possuidor ou de sua família; e) o possuidor não pode ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel rural ou urbano.

O art. 2º da Medida Provisória 2.220[21] dispõe sobre a concessão de uso especial para fins de moradia conferida de forma coletiva para imóveis com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupados por população de baixa renda para sua moradia, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

---

[20] Ob. Cit. P. 923

[21] Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, 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, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 3º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinqüenta metros quadrados.

Observa-se uma grande semelhança entre os requisitos necessários para a concessão do uso para moradia conferida de forma coletiva, com a usucapião coletiva prevista o Estatuto da Cidade[22], no entanto na usucapião ocorre a aquisição da propriedade pelo particular e na concessão de uso especial é conferido um direito real aos ocupantes de imóvel público, ou seja, o bem continua pertencendo ao poder público, ainda que utilizado pelo particular.

Cabe ainda observar que na hipótese da ocupação ocorrer em imóvel de uso comum do povo; destinado a projeto de urbanização; de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; reservado à construção de represas e obras congêneres; situado em via de comunicação ou quando a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito à concessão de uso especial para fins de moradia em um outro local.

A Jurisprudência já tem admitido a concessão especial de uso para fins de moradia como um verdadeiro direito subjetivo do possuidor, senão vejamos decisão da 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, da relatoria do Desembargador Dárcio Lopardi Mendes (APELAÇÃO CÍVEL. Processo número 1.0024.04.290502-6/001), publicada no DJ em 17/05/2007:

> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFESA DO MEIO AMBIENTE - LEGITIMIDADE - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CF/88, ESTATUTO DA CIDADE E MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001 - OCUPAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA - DIREITO À MORADIA – PRESERVAÇÃO AMBIENTAL - MUNICÍPIO - DEVER DE FISCALIZAR - OMISSÃO - RESPONSABILIDADE. O Ministério Público está legitimado para propor a ação civil pública que visa à recuperação de área degradada pela ocupação

[22] Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, 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, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 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.

> irregular e construção de moradias desordenadamente, pela ausência de reparação e manutenção dos interceptores de sistema de esgotamento sanitário e degradação de sistema de drenagem pluvial. O pedido está amparado nos arts. 182,183 e 225 da CR/88, assim como no Estatuto da Cidade a na Medida Provisória 2.220/2001, mas principalmente na referida Medida Provisória, porque a ocupação de terras públicas por mais de cinco anos de área não superior a 250 m², confere a todo aquele ou aquela, desde que não possua outro imóvel urbano ou rural, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia. Não há incompatibilidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável. Diante da impossibilidade de realizar-se o direito à moradia no local, em se tratando de faixa de domínio de rodovia estadual, com um gasoduto em seu subsolo e interceptadores de sistema de esgotamento sanitário, ele deve ser privilegiado e concedido às famílias em outro lugar adequado. Em se tratando de travessia, estrada dentro do perímetro urbano, compete à Prefeitura Municipal a aprovação para a sua construção, o que não afasta a competência municipal para fiscalizar o uso da faixa de domínio da rodovia. A omissão ao dever de fiscalizar do Município, que culminou na ocupação da faixa de domínio da rodovia, implica a sua responsabilidade pela retirada e reassentamento das famílias.

Assim, verifica-se que com a edição da MP 2.220/2001 a concessão de uso para fins de moradia não pode ser uma faculdade do Poder Público, para se tornar um direito subjetivo do possuidor que preencha os requisitos previsto na referida medida provisória.

5. DA CONCESSÃO DE USO PARA FINS DE MORADIA COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

De acordo com o disposto no art. 182, caput da Constituição Federal todos os cidadãos têm direito ao “pleno desenvolvimento das funções social da cidade” de forma a “garantir o bem estar de seus habitantes”.

Para garantir o bem estar dos habitantes das cidades, o Poder Público tem que não apenas impor aos particulares o cumprimento da função social da propriedade privada, mas tem que ele mesmo fazer cumprir a função social da propriedade pública, destinando os bens públicos aos usos compatíveis com a sua classificação e evitando o uso irregular por parte dos particulares.

A Medida Provisória 2.220/2001, apesar de atingir apenas as hipóteses consolidadas em 30.6.2001, possibilita a regularização fundiária de áreas públicas invadidas, garantindo o direito à moradia, na medida em que viabiliza a adoção de políticas habitacionais efetivas.

De forma transversa, a concessão de uso especial para fins de moradia com um direito subjetivo do possuidor que preencha os requisitos da medida provisória, pune o Poder Público por ter se omitido na fiscalização dos usos irregulares dos bens públicos por particulares e conseqüentemente por não ter cumprido a função social da propriedade pública.

Em outras palavras, como instrumento da política urbana, prevista no Estatuto da Cidade, a concessão de uso especial para fins de moradia tenta realizar a regularização fundiária em áreas públicas, concretizando o direito a moradia digna e talvez alertando o Poder Público do seu dever de fiscalização para que sua omissão não enseje uma situação insustentável do ponto de vista da política urbana, pois a não fiscalização constitui verdadeiro incentivo para ocupações irregulares, muitas vezes em área de risco para os próprios invasores.

A cidade sustentável tão almejada pelo Estatuto da Cidade também será obtida no momento em que o Poder Público cumprir a função social da propriedade pública, evitando o seu uso irregular e proporcionando moradia digna a população de baixa renda através da concessão de uso especial para fins de moradia, pois com esta postura toda a coletividade será beneficiada.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a Inaplicabilidade da Função Social á Propriedade Pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 9, fevereiro-março-abril 2007, www.direitodoestado.com.br.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: 2001, RED Livros.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1284.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 9, abril-maio-junho 2006, www.direitodoestado.com.br.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia digna- Teoria e prática. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINES, Temistocle. Diritto Constituzionale. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

MELLLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª Ed. Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 4ª Ed.São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia Da Propriedade no Direito Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N. 6, junho de 2005

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. Teoria de Delimitação da Função Normativa das Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, maio/junho/julho, 2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-30-MAIO-2012-EUGENIA-CAVALCANTI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico