

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATRINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MONOGRAFIA**

A aplicabilidade do artigo 183 da Constituição Federal às áreas públicas: a concessão de uso especial para fins de moradia à luz do direito fundamental à moradia na teoria e na prática legislativa, jurisdicional e no caso da Vila Santa Rosa

**Gabriel Ortega Bertella**  
**Acadêmico**

**José Isaac Pilati**  
**Orientador**

**FLORIANÓPOLIS**

**2011**

GABRIEL ORTEGA BERTELLA

A aplicabilidade do artigo 183 da Constituição Federal às áreas públicas: a concessão de uso especial para fins de moradia à luz do direito fundamental à moradia na teoria e na prática legislativa, jurisdicional e no caso da Vila Santa Rosa

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Dr. José Isaac Pilati.

**FLORIANÓPOLIS**  
**2011**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**TERMO DE APROVAÇÃO**

A presente monografia, intitulada A aplicabilidade do artigo 183 da Constituição Federal às áreas públicas: a concessão de uso especial para fins de moradia à luz do direito fundamental à moradia na teoria e na prática legislativa, jurisdicional e no caso da Vila Santa Rosa, elaborada pelo acadêmico Gabriel Ortega Bertella e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2011.

---

José Isaac Pilati  
(orientador)

---

Luís Fugazzola Pimenta  
(membro titular)

---

Emedi Camilo Beviláqua Vizzotto  
(membro titular)

**A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.**

*Aos meus pais, Cristina e Marcelo, por  
incentivarem e patrocinarem meus estudos.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Professor Pilati, meu orientador por ter acreditado neste trabalho e me entusiasmado com o tema.

Ao Professor Luís Pimenta, agradeço por ter me estimulado a conhecer mais de perto a situação da moradia em assentamentos irregulares na cidade de Florianópolis, e, sobretudo, por ter me inspirado a realizar essa pesquisa.

Ao meu chefe, o Advogado da União Emedi Camilo Vizzotto, por ter me dado todo o apoio, inclusive me colocando diretamente em contato com os funcionários da Secretaria do Patrimônio da União e me fornecendo materiais, por iniciativa própria.

À Celina e Humberto, funcionários da Secretaria do Patrimônio da União responsáveis pela regularização fundiária sobre imóveis da União na cidade de Florianópolis, agradeço a atenção e a disponibilidade, principalmente, os esclarecimentos e dados a mim fornecidos.

Por fim, a toda comunidade da Vila Santa Rosa, que me recebeu com muito carinho. A todos que me cederam entrevista e responderam meu questionário. Em especial, a Abidala, atual Presidente da Associação de Moradores, que me apresentou toda a vila e me confiou sua história.

## RESUMO

O direito fundamental à moradia até hoje não se verifica concretizado nas cidades brasileiras, apesar de proclamado pelo artigo 6º da Constituição Federal como direito social. Os direitos sociais, no passado tratados apenas como declarações de intenção, vêm ganhando eficácia jurídica, sendo passíveis de aplicação direta e imediata, embora de forma limitada. Além disso, os ordenamentos jurídicos cada vez mais protegem esses direitos com garantias institucionais asseguradas pela Constituição. No Brasil, o artigo 183 da Constituição Federal institui garantia que assegura o direito à moradia em imóveis públicos àqueles que preencham os seus requisitos, denominada *concessão de uso especial para fins de moradia*. A aplicabilidade desse preceito é plena, podendo ser restringida pela lei, ou pelo judiciário, apenas em determinados casos em que deva prevalecer o interesse público. Todavia, alguns dispositivos da legislação federal brasileira, assim como precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, restringem essa garantia além dos limites juridicamente possíveis, sendo, por isso, inconstitucionais. O estudo de caso da Vila Santa Rosa, assentamento irregular em imóvel público na cidade de Florianópolis, possibilita a previsão de dificuldades para a aplicação dessa garantia de modo atingir o escopo de assegurar o direito à moradia.

**Palavras-Chave:** concessão de uso especial para fins de moradia; direito à moradia; imóveis públicos; garantia institucional; garantia constitucional; aplicabilidade; eficácia; Vila Santa Rosa; ocupação irregular; favela.

## ABSTRACT

The fundamental right to housing until today is not materialized in Brazilian cities, although proclaimed by article 6 of Brazilian Constitution as a social right. Social rights, treated in the past only as declarations of intent, have been gaining legal effectiveness, becoming liable of direct and immediate effect. Furthermore, the legal systems are improving the protection of these rights with institutional guarantees secured by Constitution. In Brazil, article 183 of Constitution founds a guarantee which ensure the right to housing at public realties for those who meet its requirements, called *concessão de uso especial para fins de moradia* (literally: especial granting of use for the purpose of housing). Its applicability is full, and it can be restricted by law or by judge only in certain cases in which public interest is superior. However, some provisions of the Brazilian federal Law, as well as court precedents, restrict this guarantee beyond the limits which are juridically allowed, for this reason being unconstitutional. The study of Vila Santa Rosa's case, an irregular occupation on a public realty in the city of Florianópolis, makes possible the prevision of future problems for this guarantees application, to achieve the scope of ensure the right to housing.

**Keywords:** *concessão de uso especial para fins de moradia*; right to housing; public realties; institutional guarantee; constitutional guarantee; applicability; effectiveness; Vila Santa Rosa; irregular occupation; slum.



## SUMÁRIO

<u>2 A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA COMO GARANTIA</u>	
<u>CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA.....</u>	<u>20</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>33</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>34</u>
ANEXO A - Planta	
ANEXO B - Questionários5	

## INTRODUÇÃO

Seguindo a tendência mundial do século XX, o constituinte de 1988 assumiu a tarefa de impulsionar os direitos sociais, de modo que estes deixassem de representar meras enunciações ideológicas. Preocupou-se, assim, em trazer instrumentos jurídicos que viabilizassem a efetivação desses direitos, pouco concretizados até então, como a inédita disposição do artigo 183, que positivou a usucapião especial urbana e a concessão de uso especial para fins de moradia, ambas direcionadas a conferir eficácia ao direito à moradia, respectivamente em imóveis particulares e públicos.

A presente monografia se propõe a analisar a aplicabilidade da concessão de uso especial para fins de moradia com base na moderna teoria constitucional, sobretudo nos ensinamentos de José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, em comparação com o que se encontra no conteúdo da legislação federal e na prática jurisdicional do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A partir da legislação federal que regulamenta o instituto, analisam-se somente os dispositivos que, de alguma maneira, restringem a eficácia do texto constitucional, com o objetivo de verificar até que ponto essas restrições são compatíveis com a Constituição, segundo os parâmetros estabelecidos pela teoria de base utilizada. A legislação a que se refere são: a Medida Provisória n. 2.220 de 2001 e a Lei n. 11.481 de 2007, a qual introduziu dispositivos na Lei n. 9.636 de 1998 e no Código Civil de 2002.

Do mesmo modo, são selecionados acórdãos do TRF4 e do TJSC sobre o tema, nos quais se identificam interpretações e aplicações restritivas à concessão de uso especial para fins de moradia nos moldes apresentados pelo constituinte. Com fundamento na teoria adotada, se discute a constitucionalidade dessas aplicações.

Por último, discorre-se sobre a importância da concessão de uso especial para fins de moradia e de sua aplicação conforme a Constituição com base em estudo de caso feito em um assentamento irregular localizado em imóvel público na cidade de Florianópolis: a Vila Santa Rosa. Estabelecida há mais de trinta anos no local, essa comunidade se prepara para ter sua situação fundiária regularizada, por meio de um processo encabeçado pela União, através da Secretaria do Patrimônio da União – SPU, e pelo Município de Florianópolis. Nesse processo, o instituto constitucional poderá manifestar, pela primeira vez na cidade de Florianópolis, sua eficácia em benefício de dezenas de famílias, razão pela qual se julga relevante a inserção desse estudo neste trabalho.

O primeiro capítulo aborda a eficácia jurídica do direito à moradia no direito brasileiro. Inicialmente, é resgatada, de modo breve, a história da moradia como direito,

apontando marcos importantes no âmbito do direito internacional, até se chegar a sua atual posição no ordenamento jurídico brasileiro. Após, passa-se a analisar a eficácia do direito à moradia no contexto dos direitos sociais, e à luz do princípio da função social da propriedade, com enfoque nos imóveis públicos, segundo a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais exposta.

No segundo capítulo, apresenta-se a concessão de uso especial para fins de moradia, como instrumento garantidor do direito à moradia, do modo expresso pelo artigo 183 da Constituição Federal, e, em seguida, descreve-se o regime jurídico infraconstitucional a que se submete no âmbito federal. Também se baseando na teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, analisa-se até que ponto são juridicamente válidas as restrições impostas pela lei e pela jurisdição ao texto constitucional, quanto às seguintes questões: a eficácia declaratória ou constitutiva do instituto; a obrigatoriedade de requerimento administrativo frustrado ou retardado antes de se acionar a via judicial; a imposição de uma data-limite para a vigência da concessão; a questão da intenção, ou do *animus* do possuidor, que se desdobra na vedação da aquisição sobre imóveis funcionais e na sua impossibilidade quando houver contrato firmado com a administração pública; e a supremacia do interesse público como argumento do judiciário para deixar de aplicar o instituto.

Finalmente, o terceiro capítulo descreve a situação particular da Vila Santa Rosa e o processo de regularização fundiária que dá seus primeiros passos. Tenta-se estabelecer relações entre as polêmicas levantadas nos capítulos anteriores e a realidade da área, com base em dados obtidos por meio de entrevistas e questionário realizados com moradores da comunidade, a fim de se investigar o real alcance da concessão de uso especial, considerando-se o modo como foi disposta na Constituição federal e o modo como o instituto é regulamentado pela legislação federal e aplicado pelo Judiciário.

O passado é abordado através da análise dos julgados, o presente, pela interpretação e crítica da lei vigente e o futuro, com a previsão da aplicabilidade do instituto aos moradores da Vila Santa Rosa.

## 1 A POSIÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA APLICABILIDADE

No último século, os direitos sociais ganharam espaço nos ordenamentos jurídicos, inclusive o direito à moradia. Inserida entre as atribuições do Estado, a moradia ainda não atingiu um nível satisfatório à grande parte da população.

Nesse contexto, inicia-se este trabalho com um breve relato histórico da ascensão do direito à moradia entre as atribuições dos Estados modernos, passando-se, após, à discussão quanto à eficácia da norma jurídica que o proclama no direito brasileiro.

### 1. Breve histórico da moradia e sua ascensão como direito constitucional

É relativamente recente a positivação do direito à moradia. Sua reivindicação remonta o período pós-Revolução Industrial, que possibilitou a formação de cidades em sua concepção moderna. A propósito, Conta Fernando Chueca Goitia:

O aparecimento da máquina a vapor permitiu que se realizasse uma tal concentração industrial que a produção em massa foi extraordinariamente favorecida. Anteriormente, como dissemos, as indústrias têxteis estavam situadas ao longo dos rios, de tal modo que, se estarem completamente dispersas, estavam distribuídas longitudinalmente. Agora, com a máquina a vapor, podia efetuar-se a concentração em torno de um ponto, isto é, agrupar as fábricas em locais determinados, o que originou o fabuloso crescimento das grandes cidades industriais. (1982, p. 157)

A partir dessa intensificação revolucionária do processo de urbanização, a habitação passou a ser um problema social crônico.

Neste período inicial, não havia propriamente reconhecimento ao direito à moradia, tampouco aos demais direitos sociais, como os direitos trabalhistas, direito à saúde, à educação. Fortalecia-se, no entanto, a noção de que os problemas sociais, tal como a moradia, deveriam ser amparados por políticas públicas. Eis porque o direito à moradia surge primeiramente, como direito natural, no consenso coletivo. (BOBBIO, 1992, p. 15-17)

Apesar da crescente intuição social acerca da importância do direito à moradia, ele demorou a ser positivado. As primeiras iniciativas para solucionar o problema da habitação partiram de investimentos privados. Ao longo do século XIX, as habitações destinadas às classes mais baixas nos países europeus, chamadas de habitações operárias, basearam-se tanto em relações triviais, como os alugueis de quartos, quanto em empreendimentos mais complexos como as vilas operárias, cidades-empresa (*company town*), habitações filantrópicas e até experiências de socialismo utópico. (GERRAND, 1991, p. 356-379)

A vida dos locatários era sofrível em razão da instabilidade e da precariedade das habitações, sem possuírem outra opção<sup>1</sup>.

De meados do século XIX até início do século XX, os Estados europeus passaram, com mais frequência, a elaborar políticas públicas voltadas a combater os problemas habitacionais das cidades. Assim, ampliaram-se as leis de urbanismo, e incentivou-se a criação de habitações econômicas, voltadas à população de baixa renda. Essas leis, entretanto, limitavam-se a regulamentar a iniciativa privada, estimulando-a. Conta Roger-Henri Guerrand:

Já no começo do século, espíritos clarividentes tinham entendido que a boa moradia era uma das chaves da paz social, o melhor meio de combater as utopias e – após 1848 – o socialismo. No início de 1849, formava-se, em Paris, uma sociedade que se propunha a edificar, em dose arrondissements da capital, vilas compreendendo habitações sadias, arejadas, alugadas por preços abaixo daqueles pagos pelas moradias insalubres e compostas por uma cozinha e um ou dois quartos. O príncipe-presidente subscreveu-a generosamente, assim como alguns amigos da Ordem. Empreendeu-se primeiro a vila da rue de Rochechouart, 58 (IX arrondissement), que sobrevive até hoje, um verdadeiro berço da moradia social. (1991, p. 362)

O incentivo ao surgimento de sociedades imobiliárias viabilizou o acesso a créditos baratos, o financiamento a baixo custo, garantido pelo Estado. O Estado era garantidor do lucro, mas o limitava. Possibilitou-se a aquisição da propriedade imóvel pelas classes baixas, com o objetivo de conter os movimentos sociais e expandir a cultura de respeito à propriedade privada.

Facilitou-se, desse modo, o acesso à habitação, muito embora não houvesse intervenção direta do executivo, nem mesmo normas imperativas a ele direcionadas.

Com o advento das constituições sociais, marcado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, as políticas públicas de habitação passaram a conceber a locação de imóveis públicos, conforme exemplifica o trecho:

Na Alemanha, uma das últimas leis promulgadas pelo Império, em 1918, encarrega as cidades da Prússia de criarem órgãos municipais para a construção civil; o princípio da responsabilidade do Estado em dar uma casa a todos os cidadãos é incorporado na Constituição da República de Weimar, e os meios financeiros são assegurados por uma lei de 1924, que institui um imposto de quinze por cento sobre o aluguel de moradias já construídas; calcula-se que quase a metade da produção de edificações, entre a inflação e a crise, seja devida às iniciativas públicas. (BENEVOLO, 1998, p. 485)

<sup>1</sup> 1 “O operário aloja-se como pode, não como quer. Ele não tem escolha entre uma habitação espaçosa e outra exígua; não lhe oferecem mais que um ou dois cômodos, quase nunca três; qualquer que seja o número de filhos, é preciso que ele tome o que se apresenta e pague o que se deve. A exigência do proprietário prevalece sobre a oferta do locatário.” O pesquisador que extraiu esta conclusão de um estudo a respeito da habitação operária no arrondissement de Lunéville, em 1896, poderia tê-la estendido a toda França.” (GUERRAND, 1991, p. 365)

No Brasil escravista e rural, ao longo do século XIX, inexistiram políticas habitacionais (SOUZA, 2004, p. 47-48). No entanto, o abrupto crescimento populacional do final desse século e o alastramento de epidemias pela falta de higiene sanitária nas cidades forçaram a reação do governo, a exemplo da imensa reforma urbana realizada durante governo de Rodrigues Alves (1902 a 1906), na cidade do Rio de Janeiro, então capital, empreendimento famoso por copiar elementos da cidade de Paris e por segregar as pessoas de baixa renda que viviam em cortiços no centro da cidade (2004, p. 52).

Nessa época, a expansão das indústrias pelas cidades brasileiras em largo crescimento gerou a necessidade de formação de vilas operárias, cuja construção, segundo Nunes de Souza, recebeu incentivos governamentais exigidos, curiosamente, pelos próprios empresários (2004, p. 50).

Na Era Vargas, foram criadas as carteiras prediais, que passaram a receber recursos dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, de forma a possibilitar a intervenção do Estado na construção e financiamento de moradias (BONDUKI, 1994, 724). Foi no Estado Novo, pois, que o Estado, finalmente, assumiu a responsabilidade pelo crescente problema habitacional, relegado, até então, à iniciativa privada, oscilante e mais comprometida com o mercado do que com as demandas sociais. Investiu-se, então, na construção de vultosos conjuntos habitacionais (SOUZA, 2004, p. 53), bem como procedeu-se o congelamento dos aluguéis (BONDUKI, 1994, 720).

Após a Segunda Guerra Mundial, eclodiram diversos tratados internacionais no sentido de afirmar os direitos humanos, entre eles os direitos sociais, considerados direitos de segunda geração, inclusive o direito à moradia.

Nunes de Souza enumera diversos diplomas internacionais que se referem ao direito à moradia. Em 1948, foi firmada, em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>2</sup>. No mesmo ano, assinou-se a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil na mesma data, também dispendo sobre o tema<sup>3</sup>.

---

2 “Artigo VIII – Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade. Artigo IX – Toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio. [...] Artigo XI – Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade.”

3 “Artigo 12º: Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei. [...] Artigo 25º: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao

A proteção ao direito à moradia volta a aparecer no Estatuto dos Refugiados e Apátridas<sup>4</sup>, de 28/07/1951, bem como na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>5</sup> de 21/12/1965, ambos firmados no âmbito da Organização das Nações Unidas, sendo que o último diploma foi ratificado pelo Brasil em 27/03/1968.

Segue na década de 1960 a celebração do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>6</sup> (1966), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>7</sup>

---

alojamento [...]"

- <sup>4</sup> 4 "Art. 21- No que diz respeito a alojamento, os Estados Contratantes concederão um tratamento tão favorável quanto possível aos refugiados que residam regularmente nos seus territórios, na medida em que esta questão caia sob a alçada das leis e regulamentos ou esteja sujeita à vigilância das autoridades públicas; de todos os modos, este tratamento não poderá ser menos favorável que o concedido, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral."
- <sup>5</sup> 5 Artigo 5º - Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] d) outros direitos civis, particularmente: i) direito de circular livremente e de escolher residência dentro das fronteiras do Estado; [...] e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: [...] iii) direito à habitação;
- <sup>6</sup> 6 "art. 11 - §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medida apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento."
- <sup>7</sup> 7 "Artigo 17 - 1. Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda a pessoa tem direito a protecção da lei contra essas ingerências ou esses ataques."

(16/12/1966), e da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>8</sup> (Pacto de San José da Costa Rica, 22/11/1969), todos ratificados pelo Brasil apenas no ano 1992.

O governo militar não aderiu a estes pactos mas não deixou de dar uma resposta à grande demanda social por moradia digna. Sucedendo a frustrada tentativa de unificação da política habitacional através da Fundação da Casa Popular, a ditadura implantou o Sistema Nacional da Habitação, com a criação do Banco Nacional da Habitação, que fortaleceu a já desgastada política de créditos para a aquisição da moradia própria. Conforme se lê na carta de Sandra Cavalcanti ao general Castelo Branco, o real objetivo dessa política era conquistar as camadas populares (SOUZA, 2004, p. 54), o que acabou virando uma forma de aquecer a economia, reduzindo os riscos das grandes empreiteiras da construção civil, apesar da inadimplência suportada pelo Estado. Segue trecho da referida carta citada por Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade:

Aqui vai o trabalho sobre o qual estivemos conversando. Estava destinado à Campanha Presidencial de Carlos [Lacerda], mas nós achamos que a Revolução vai necessitar de agir vigorosamente junto às massas. Elas estão órfãs e magoadas de modo que vamos ter de nos esforçar para devolver a elas uma certa alegria. Penso que a solução dos problemas de moradia, pelo menos nos grandes centros, atuará de forma amenizadora e balsâmica sobre suas férias cívicas. (*apud* SOUZA, 2004, p. 54)

Posteriormente, não se furtaram de cuidar do direito à moradia a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento<sup>9</sup> (1986) e a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>10</sup> (ONU, 20/11/1989), esta ratificada pelo Brasil em 24/09/1990.

---

<sup>8</sup> “Artigo 22 - Direito de circulação e de residência - 1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais. [...] 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público. [...] 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.”

<sup>9</sup> “Art. 8º - 1. Os Estados devem tomar, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.”



A preocupação dos tratados internacionais com o direito à moradia mostra que os problemas de habitação atingiram todos os países, passando ao Estado a responsabilidade por sua solução.

A Constituição de 1988 prevê no art. 5º, § 2º que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil não são excluídos pela Constituição, razão pela qual se equivaleriam a normas constitucionais. Esse sentido literal da norma é defendido por Nunes de Sousa, com base na opinião de Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (apud SOUZA, 2004, p. 70-71).

A questão da incorporação dos tratados à Constituição brasileira era de suma importância, uma vez que nesta, até então, não havia expressa referência ao direito à moradia. Existia, sim, uma forte corrente que sustentava a moradia como direito fundamental implícito, baseando-se em outros preceitos constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana, bem como nos citados tratados internacionais.

Em 2000, a Emenda Constitucional n. 26 inseriu finalmente o direito à moradia entre os direitos sociais do artigo 6º da Carta, pela primeira vez na história constitucional brasileira, o que não subtraiu o relevante papel dos tratados internacionais.

O Supremo Tribunal Federal, em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 de São Paulo (BRASIL), decidiu que só têm força constitucional os tratados aprovados pelo quórum qualificado de 3/5 do congresso, por equiparação à promulgação de Emendas Constitucionais, nos termos do § 3 do artigo 5º inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. As que fossem ratificadas de maneira simples, no entanto, passaram a ter força de norma supralegal, conforme o elucidativo voto do Ministro Gilmar Mendes.

Com esse novo conceito, as normas de direito à moradia consignadas naqueles tratados aderidos pelo Brasil passaram a se posicionar, hierarquicamente, abaixo da Constituição, porém acima da legislação ordinária e complementar.

Após todas essas conquistas, pode-se afirmar que a moradia atingiu o mais elevado respaldo jurídico. Por outro lado, os problemas habitacionais não desapareceram, o que evidencia a falta de efetividade da norma. Talvez isso possa ser explicado pela instância política que se encontra entre a norma e a sua aplicação, a qual ou não pretende cumprir o

---

<sup>1</sup> 10“Artigo 16: 1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. 2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.”

preceito ou se vê impossibilitada de fazê-lo (CRANSTON, 1979, p. 65-67). Prossegue-se, pois, com o estudo da aplicabilidade do direito fundamental à moradia como norma constitucional.

## 2. A aplicabilidade do direito à moradia no Brasil

No contexto delimitado, é necessário se investigar o grau de juridicidade do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da função social da propriedade, e sua aplicabilidade sobre o patrimônio público, de modo a apreender seu alcance.

Inicialmente, para a compreensão do direito à moradia e a amplitude de seu alcance, é imprescindível distinguir este do direito de habitação. Desta distinção parte Sérgio Iglesias Nunes de Souza em sua obra *Direito à moradia e de habitação*.

Conforme preleciona o autor, o direito à moradia é um direito pessoal (2004, p. 142), ligado, portanto, aos direitos de personalidade. Explica ainda, de forma exemplificativa, sua ligação com o direito à vida, à intimidade, ao segredo doméstico, ao sossego, o direito à propriedade, à integridade física, o direito de construir, à segurança, à saúde, e o direito à liberdade (2004, p. 198-242).

Está ele vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos demais direitos sociais, como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer e à segurança. Obviamente, pois, sem moradia, não há condições mínimas para o exercício de qualquer outro direito, para a vida digna. Nesse sentido, a moradia é pressuposto da cidadania.

Por outro lado, o direito de habitação é um direito real, que regula a relação de um sujeito com um bem imóvel específico. Trata-se de direito de uso específico de bem imóvel para a habitação do titular e de sua família.

Sua previsão no Código Civil se encontra nos artigos 1.414 a 1.416<sup>11</sup>. A habitação pode ser constituída a título oneroso, tipicamente por meio de contrato de locação, consórcio já contemplado, promessa de compra e venda, contrato de financiamento habitacional, arrendamento residencial, alienação fiduciária de imóvel, ou a título gratuito.

---

<sup>1</sup> 11“Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família. Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la. Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.”

Quando gratuito, o direito de habitação é intransmissível, extinguindo-se com a morte do beneficiário. Aplica-se a ele, subsidiariamente, as disposições sobre usufruto, assim como ocorre com o direito real de uso.

Em suma, pode-se afirmar que todos têm direito à moradia, porém só possuem direito de habitação aqueles que se enquadrarem nos requisitos da lei ou que o adquirirem por contrato.

Ademais, o direito à moradia é mais amplo, ao passo que o direito de habitação proporciona um vínculo mais forte entre a pessoa e o imóvel.

Feita a diferenciação conceitual, passa-se a discorrer sobre a moradia como direito social.

A inserção de direitos sociais nas constituições, marcada, principalmente, pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, trouxe um novo desafio aos juristas do século XX: dar efetividade a esta nova categoria de normas constitucionais.

As Cartas liberais, que, ao longo do século XIX, haviam, finalmente, atingido um alto nível de juridicidade na proteção dos direitos individuais, tiveram que incorporar a sociedade, enquanto todo indivisível, também sujeito ao amparo da norma constitucional (BONAVIDES, 2008, p. 231). Entre esses direitos, destaca-se o direito à moradia, um dos mais difíceis de se atribuir eficácia. A dificuldade passou a ser proporcionar efetividade aos direitos sociais, os quais apareciam apenas de forma programática no texto constitucional, o que ainda não foi superado, embora se tenham dado passos relevantes.

Importante destacar que as ideias aqui trabalhadas consideram Constituições rígidas. Se fossem incluídas as Constituições flexíveis, traçar-se-iam outros caminhos, chegando, talvez, a conclusões diversas. A rigidez constitucional caracteriza-se pela existência no ordenamento jurídico de uma forma de alteração da Constituição distinta da forma de modificação das leis infraconstitucionais (BONAVIDES, 2008, p. 83). Essas Constituições são sempre escritas, embora nem todas as Constituições escritas sejam rígidas (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 30).

Segundo Paulo Bonavides, tratando-se de Constituição rígida, como a brasileira, a chave para impulsionar o cumprimento dos seus preceitos sociais está em lhes conceder caráter vinculante. Nas palavras do autor:

O Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais.

Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais. (2008, p. 237)

A aplicabilidade da norma constitucional, todavia, não será assegurada com uma simples declaração ou um mero consenso teórico, caso em que se apresentará, na famosa expressão de Ferdinand Lassalle, apenas como *folha de papel* (LASSALLE, 2006). Nessa linha, continua Bonavides:

É óbvio que o problema de limitar poderes e competências a um instrumento constitucional não se resolve declarando apenas a juridicidade de seu conteúdo. Haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, decidindo, modificando, renovando comportamentos. Essa instância é a política. A programaticidade traz a presença tanto quanto possível para dentro da Constituição, em ordem a apagar o funesto dualismo que gravita ao redor da suposta incompatibilidade dos fundamentos políticos com os fundamentos jurídicos da Constituição.

Afigura-se-nos que a compreensão correta das normas programáticas como *normas jurídicas* contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito *jurídico* e o conceito *político* de Constituição. (2008, p. 237)

O autor, portanto, reconhece a fragilidade das normas de cunho programático frente à instância política. Ressalta ele a utilidade da classificação das normas constitucionais quanto sua aplicabilidade, segundo o critério da destinação utilizado pelo jurista italiano Crisafulli, distinguindo-se as normas constitucionais programáticas das imediatamente preceptivas e das de eficácia diferida.

Por sua vez, José Afonso da Silva, embora também tome por base as noções de Crisafulli, afasta o critério da destinação das normas constitucionais e cria sua própria classificação em relação à sua eficácia, com base, simplesmente, na completude da aplicabilidade na norma. Do mesmo modo, este autor reconhece o caráter trinário da eficácia normativa dos preceitos da Constituição, propondo a seguinte distinção: normas constitucionais de eficácia limitada, de eficácia contida e de eficácia plena.

Além de simplificar a linguagem, de modo a torná-la, de imediato, mais acessível, Afonso da Silva inova ao identificar a eficácia contida das normas constitucionais, e faz importantes ponderações sobre as normas de eficácia limitada.

Para ele, todas as normas constitucionais são imediatamente preceptivas, umas mais, outras menos, o que não destoia da análise de Bonavides, que também confere

certa carga de aplicabilidade a qualquer norma contida na Carta Maior, não obstante a nomenclatura da classificação em que se baseia. Por outro lado, “*nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação.*” (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 65-66).

As normas constitucionais de eficácia limitada de Afonso da Silva abarcam as de eficácia tanto programática quanto diferida<sup>12</sup> da classificação citada por Bonavides, já que ambas não produzem todos os seus efeitos sem legislação infraconstitucional que as instrumentalize. Entre essas, a que o autor também chama de normas constitucionais de princípio, ele separa as institutivas das programáticas.

Grosso modo, as normas de princípio institutivas são aquelas que criam institutos condicionados à existência de leis, sem as quais se quedam inertes, a não ser naquilo em que desde logo possam ser aplicadas. (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 126). A título de exemplo, essas normas frequentemente possuem, de imediato, a eficácia de revogar normas anteriores que lhe sejam contrárias e de limitar o legislador futuro, apesar de dificilmente alcançarem eficácia construtiva e organizativa (1982, p. 120).

As normas constitucionais de princípio programáticas, por sua vez, derivam da tendência que os Estados adquiriram ao longo dos séculos XIX e XX de tentar, por meio de sua intervenção, corrigir as distorções geradas pelo liberalismo. De modo geral, essas normas preveem o fim a ser alcançado, mas relegam os meios ao legislador ordinário, não obstante o constituinte possa ter indicado estes meios em linhas gerais, restringindo a discricionariedade legislativa (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 129).

Nessa categoria se acham todos os direitos sociais, a exemplo do direito à moradia. Assim, vale discorrer aqui mais profundamente sobre as implicações dessas normas, sem perder de vista as demais modalidades de normas constitucionais, que serão aprofundadas no próximo capítulo.

Houve autores que negaram a juridicidade das normas programáticas, a exemplo de Alfredo Augusto Becker, Del Vecchio, Alessandro Levi, Gaetano Azzariti e Salvatore Villari (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 135-136, notas 304 e 305). No Brasil, todavia, prevalece a tese oposta, que teve por expoentes Pontes de Miranda, Alfredo Busaid (1982, p. 137), José Afonso da Silva e Paulo Bonavides.

---

<sup>1</sup> 12“*A categoria de normas de eficácia diferida é uma construção doutrinária que teve por objetivo abarcar as normas cuja eficácia está entre as programáticas e as imediatamente preceptivas. De fato, há normas que são diretamente aplicáveis, no entanto, necessitam de regulamentação infraconstitucional de natureza técnica para atingirem sua plena eficácia.*” (BONAVIDES, 2008, p. 251- 254)

Apesar do posicionamento da doutrina, o Judiciário brasileiro enfrenta com dificuldade a questão, do que resulta na pouca efetividade dos direitos sociais meramente declarados. Todavia, José Isaac Pilati admite que a Suprema Corte tem assumido uma postura mais concretista ultimamente. Diz ele:

O Supremo Tribunal Federal vem dando alguns sinais de reação, procurando suprir, como Poder, as omissões inconstitucionais do Estado no cumprimento dos direitos sociais fundamentais. Entende o STF, por exemplo, que a delegação popular à formulação e execução das políticas públicas não é absoluta, nem mesmo para o legislador; o abuso ou a inércia que compromete a eficácia dos direitos sociais econômicos e culturais justifica a intervenção do Judiciário se atingir aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência. (2011, p. 77)

As normas programáticas deram novo corpo à Constituição liberal, que se encontrava esvaziada de escopo. Desse modo, o Estado passa a almejar finalidades, conectadas ao bem estar social. São elas, em suma, a síntese do conflito de interesses existente na sociedade contemporânea, ordenando a atuação interventiva do Estado de modo a perseguir um ideal (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 139).

As normas constitucionais programáticas, segundo Crisafulli, têm eficácia direta, porém somente em relação aos órgãos estatais, ao menos os legislativos. Seus ditames consubstanciam-se em valores que revestem o ordenamento jurídico, revelando o fim a que este se presta. Desse modo, o legislativo, em sua atividade, deverá considerar os limites e a finalidade das normas programáticas, para, com isso, evitar eventual inconstitucionalidade. Da mesma forma, o intérprete da lei, seja o juiz ou o administrador, deverá observar o texto constitucional para sua aplicação (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 139-141, e BONAVIDES, 2008, p. 247).

De modo mais direto, pode-se afirmar que essas normas têm o condão de revogar a legislação infraconstitucional preexistente que com elas seja incompatível (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 143-146), bem como de limitar a atividade do legislador futuro, sendo inválidas as leis que eventualmente venham a contrariá-las (1982, p. 141-143), em decorrência, em ambos os casos, da inconstitucionalidade. Portanto, seriam inválidas todas as disposições de lei que contrastarem com as normas constitucionais programáticas, inclusive aquelas preexistentes à constituição (BONAVIDES, 2008, p. 247).

Por último, as normas programáticas podem gerar direitos subjetivos a ponto de possibilitar que se pleiteie a abstenção da prática de determinado ato. (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 156 a 160)

José Afonso da Silva conclui que as normas programáticas possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante à medida que:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou de desvantagem [...]. (1982, p. 146-147)

A Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000 inseriu o direito a moradia entre os direitos sociais elencados pelo art. 6º da Constituição Federal. Isso fortaleceu a ideia da moradia como direito fundamental, muito embora anteriormente já houvesse quem considerasse a moradia com tal *status*, com base nos tratados internacionais sobre direitos humanos, na dignidade da pessoa humana e nos direitos de personalidade a ela coligados, conforme demonstrado no item anterior.

Ora, o direito fundamental à moradia atende a todas as seis situações elencadas acima de acordo com o constitucionalista, razão pela qual possui, nesses casos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante.

Assim, em resumo, serão inconstitucionais as leis e atos normativos que suprimirem o direito à moradia em sua essência, tanto preexistentes quanto futuras; no exercício de sua função, juízes, administradores e legisladores terão de ter em mente esse direito fundamental, sendo sua margem decisória por ele restringida, e a interpretação por ele condicionada; e pode ele criar situações jurídicas subjetivas de vantagem e desvantagem.

Se por si só, o direito à moradia possui eficácia, ela, contudo, é inegavelmente limitada. Em virtude dessa limitação, a Constituição previu algumas garantias a esse direito, as quais possuem eficácia plena, ou contida. Essa é uma forma jurídica constitucional de se ampliar a eficácia das normas programáticas, o que denota uma evolução na proteção dos direitos sociais.

Com efeito, na clássica distinção entre direitos e garantias constitucionais, defendida por juristas como Rui Barbosa, a moradia se situaria entre os direitos. Todavia, ao longo do texto constitucional de 1988, a ela se dirigem algumas garantias importantes. Citem-se a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do lar (art. 5º, XI) e do sigilo de correspondência (art. 5º, XII), a usucapião especial urbana e a concessão de uso especial para fins de moradia (art. 183). Esta última, tema desta monografia, será desenvolvida no próximo capítulo.

Outra norma aliada do direito à moradia é a que positiva a função social da propriedade. Apesar da forma contida com que vem sendo aplicada, seu conteúdo pode desde logo surtir efeitos, conforme observa José Afonso da Silva:

esse princípio, contudo, tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de direito público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado (1982, p. 134)

Possivelmente em função da escassez de imóveis nas cidades e no campo, devido à sua concentração nas mãos de poucos proprietários, os ordenamentos jurídicos incorporaram o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal), exaltando, por tabela, a importância do instituto da posse.

A Constituição Federal, em seu art. 182, § 2º, delega a definição de função social da propriedade urbana para os planos diretores municipais. Segundo este dispositivo, *“A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”*

Este preceito gera algumas indagações, entre as quais se podem destacar: a) há limites para o conteúdo disposto no plano diretor? quais seriam eles?; b) nas cidades que não possuem plano diretor, a propriedade prescinde de cumprir sua função social?; e, por fim, c) o desrespeito ao direito à moradia, seja pela disposição do plano diretor, seja apenas de fato, pode ensejar o descumprimento da função social da propriedade?

Em primeiro lugar, o conteúdo do plano diretor é limitado pela Constituição Federal. Com efeito, nem as leis federal, nem as estaduais, tampouco os atos do executivo são capazes de limitar diretamente as disposições contidas no plano diretor, pois a autonomia dos municípios não pode ser tolhida em relação a matéria de competência legislativa privativa (art. 30, VIII). Mesmo assim, não seria funcional um plano diretor em dissonância com todas as demais leis. Por isso, a eficácia dessa lei depende de certa harmonia com o ordenamento jurídico vigente. (JOSÉ AFONSO, 2010, p. 64-68)

De outro norte, a Constituição Federal impõe restrições diretas ao plano diretor, como a qualquer outra lei, naquilo em que lhe for contrário.

Em segundo lugar, a função social da propriedade deverá ser sempre cumprida, seja em área rural ou urbana, haja ou não plano diretor. Ou então não faria sentido o disposto no art. 5º, XXIII, da Constituição, que disciplina a propriedade como direito fundamental: *“a propriedade atenderá a sua função social”*. Não bastasse isso, o § 1º desse mesmo artigo acrescenta: *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm*



aplicação imediata.” Logo, a função social prescinde de lei para sua aplicação, enquadrando-se entre as normas constitucionais de eficácia plena.

Além disso, a lei que regulamentar a função social da propriedade, isto é, o plano diretor, não pode restringir seu conteúdo a ponto de lhe retirar eficácia.

Do mesmo modo, a moradia como direito fundamental, elencada entre os direitos sociais no art. 6º da Carta Maior, também pode ser reivindicada diretamente, quer em face de ato lesivo, quer em face de lei ou decisão judicial que a viole. Nesse sentido, assinala José Afonso da Silva, embora se referindo à função social da propriedade, em vez de ao direito à moradia, consoante se depreende do trecho a seguir:

O princípio da função social da propriedade, por exemplo, pode ser invocado contra o abuso desse direito, em certas circunstâncias, em prol de inquilinos contra senhorio, e especialmente impor atuações positivas ou abstenções ao proprietário no interesse da coletividade. (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 158)

Hoje, parte da doutrina processual cível já reconhece a função social como requisito implícito para a concessão da tutela possessória engendrada nos artigos 926 a 933 do Código de Processo Civil. Nos dizeres de Fredie Didier Júnior:

Deste modo, pode se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à reconstrução do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser iluminado pela exigência de observância da função social da propriedade. Parafraseando HUMBERTO ÁVILA: se não há regra expressa neste sentido, ela deve ser extraída da aplicação direta do princípio da função social da propriedade. (2008, p. 18)

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive tendo seu acórdão ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>, no famoso caso da Favela Pulmann, em que prevaleceu a aplicação direta do princípio da função social da propriedade do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. (LIMA, 2009, p. 122-137)

Por último, à propriedade imóvel podem ser destinadas diversas funções de modo a gerar um ganho social. Notadamente, o comércio, a indústria, o lazer, as vias públicas, as áreas verdes, os hospitais, e, também, a moradia são funções que, atribuídas à propriedade, podem trazer benefícios à sociedade.

<sup>1</sup> 13Recurso Especial n. 75.659 de São Paulo.

Por outro lado, a propriedade deixa de cumprir qualquer função quando relegada à especulação imobiliária, ou quando não promovido seu aproveitamento adequado, nos termos do § 4º do art. 182 da Constituição Federal. Mesmo que não haja um parâmetro objetivo definido pelo plano diretor, nada impede que o judiciário seja acionado para declarar o descumprimento de função social de determinada propriedade imóvel.

Nesse viés, e de modo bastante otimista, escreve Ricardo Lira:

[...] em um caso concreto, posto perante o Estado, em que este, operando como Poder Judiciário, deva decidir entre a prevalência do direito de habitação sobre uma propriedade não utilizada ou pouco utilizada, que não observa a sua função social, caso em que, pelas razões acima aduzidas, deve ser prestigiado o direito de habitação. Há precedentes judiciais consagrando esse prevalectimento do direito e habitação em face de uma propriedade a serviço da especulação imobiliária. (1998, p.83)

Em contrapartida, José Isaac Pilati, em recente obra, reconhece a ineficiência do princípio da função social da propriedade na tutela individual do direito:

Em linhas gerais, esse é o marco jurídico, muito bem positivado, da função social, mas que não consegue ser – na visão de Borges – *pouco mais que mera função simbólica. Esse desalento* – de ver o modelo codificado, individualista, prevalecer sobre as normas constitucionais de cunho social, como se fosse um ralo por onde escorrem os propósitos altruístas da Sociedade – tem uma explicação palpável. É o equívoco de pretender implementar a função social com o instrumental jurídico do próprio individualismo, ou seja, sem sair do paradigma da *propriété* napoleônica. É como pretender secar o chão sem fechar a torneira. (2011, p. 73-74)

O autor critica a forma como se tenta imprimir eficácia à função social da propriedade, isto é, através da tutela individual, quando, em verdade, este princípio serve ao atendimento de interesses coletivos.

O fato é que, de um jeito ou de outro, o cumprimento da função social da propriedade e o direito à moradia, desde logo, podem ser tutelados judicialmente, principalmente, ante o déficit habitacional comum a todas as cidades brasileiras, bem como o papel fundamental do lar para a consecução dos demais direitos sociais, em virtude de que poderá a moradia prevalecer diante das demais funções atribuíveis à propriedade, sem, contudo, dispensar a análise das peculiaridades de cada caso ou derrogar outros direitos previstos na Constituição.

Mesmo quando a propriedade for pública, a função social deve ser atendida. Porém, em face da peculiaridade desta modalidade de bens, a doutrina lhes tem dado tratamento específico. Tem-se empregado, desse modo, a expressão função social da propriedade pública (DI PIETRO, 2006, p. 1-4).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece, entre os bens públicos, duas categorias, a que o princípio da função social se aplicará de maneiras distintas. A primeira delas cuida dos bens públicos classificados pelo direito italiano como patrimônio indisponível (2008, p. 633), que inclui os bens de uso comum do povo (vias públicas, praias, rios, entre outros) e os de uso especial (sede de órgãos públicos, autarquias, entre outros) definidos pelos incisos I e II do art. 99 do Código Civil brasileiro. A segunda consiste no patrimônio disponível do Estado, ou seja, os bens dominicais (terrenos de marinha, terras devolutas, entre outros), na dicção do inciso III do referido artigo.

A partir desse critério, a autora ressalta que os primeiros são “*os do domínio público do Estado*” ao passo que os dominicais são “*os do domínio privado do Estado*” (2008, p. 632).

Quanto aos bens do domínio público, a função social é cumprida quando o Estado estende seus usos ao proveito de particulares, por meio de atos de outorga – autorização, permissão ou concessão –, sem contudo prejudicar a coletividade. Vale transcrever:

Note-se que o poder público tanto pode restringir como pode ampliar o uso dos bens públicos. Quando restringe, está exercendo o poder de polícia sobre o patrimônio público. Tais restrições abrangem medidas de diferentes modalidades, como regras sobre circulação, sobre tráfego, sobre remuneração. Quando amplia, está atendendo ao princípio da função social da propriedade pública, uma vez que está cumprindo o dever de garantir que a utilização dos bens públicos atenda da forma mais ampla possível ao interesse da coletividade. (DI PIETRO, 2006, p. 7)

De outro norte, o Poder Público pode, e, em alguns casos, deve, conceder a utilização do bem a entes privados incumbidos de prestação de serviço público, caso em que a propriedade pública cumprirá, igualmente, sua função social. (DI PIETRO, 2006, p. 8-9)

O patrimônio do domínio privado, composto dos bens dominicais, é regido pelas normas de direito privado, embora derogadas parcialmente por normas de direito público, a exemplo da vedação à penhora e à usucapião (DI PIETRO, 2006, p. 10). Em relação a estes, a função social da propriedade se aplica praticamente como à propriedade privada. Quando situados na área urbana, estão eles sujeitos a grande parte dos instrumentos da política urbana conforme preleciona Di Pietro:

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 (esta incidindo especificamente sobre bens públicos, com base na Medida Provisória 2220, de 2001), do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, dentre outras. (2006, p. 11)

Em suma, o Estado faz cumprir a função social da propriedade pública ao alargar os usos de seu patrimônio público, enquanto, para que seu patrimônio privado a cumpra, deve obedecer a imposições positivas ou negativas da lei.

Portanto, o direito à moradia, embora possua eficácia limitada, é diretamente aplicável ao legislador e nas situações em que cria direitos subjetivos. É direito aliado ao cumprimento da função social da propriedade, podendo, inclusive, ser efetivado sobre áreas públicas, desde que não prejudique a coletividade.

## 2 A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA

Em um primeiro momento, é necessário apresentar os diplomas normativos que tratam do instituto da *concessão de uso especial para fins de moradia*.

Foi a Constituição de 1988 que, em seu artigo 183 introduziu essa figura inédita no direito pátrio. Embora tenha havido antes a excepcional possibilidade de usucapião sobre bens públicos (DI PIETRO, 2008, p. 641; e MOREIRA SALES, 2002, p. 82-86), o instituto aqui abordado se difere por não ser uma modalidade de aquisição da propriedade, que permanece pública, mas do direito de habitação, com suas peculiaridades. É correto afirmar, em contrapartida, que a concessão especial equivale à usucapião de direito de habitação sobre imóvel público. Por esse ponto de vista, trata-se de exceção à vedação expressa no § 3º do artigo 183 da Constituição, que proíbe a aquisição de imóveis públicos por usucapião, como se verá adiante.

Em 2001, o Estatuto da Cidade previu o instituto no artigo 4º, V, *h*, e o regulamentou em seus artigos 15 a 20, que, entretanto, foram vetados pela Presidência da República. Reconhecendo a importância da concessão de uso especial para política urbana nacional, o Presidente Fernando Henrique Cardoso adotou a Medida Provisória n. 2.220, que disciplina o instituto nos artigos 1º a 9º, dois meses após a entrada em vigor do Estatuto.

A Medida Provisória n. 2.220 até a presente data ainda não foi convertida em lei. Contudo, está ela em pleno vigor, por conta do estatuído na Emenda Constitucional n. 32 (RIBEIRO, 2010, p. 1071, nota de rodapé 1.684), cujo artigo 2º preceitua: “*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.*” A Medida Provisória n. 2.220 foi editada em 05/09/2001, sete dias antes da publicação da citada Emenda Constitucional.

Como, até o momento, nenhuma medida provisória a revogou expressamente, nem houve deliberação definitiva do Congresso Nacional, a *concessão de uso especial para fins de moradia* continua a ser regulamentada pela Medida Provisória n. 2.220 de 2001. O aspecto formal dessa norma que, possivelmente, careça de legitimidade, não será objeto de análise nesta monografia, que se compromete a avaliar apenas sua validade material.

A Lei n. 11.481 de 2007, entre outras coisas, inseriu dispositivos sobre a concessão de uso especial em duas outras leis: no Código Civil e na Lei n. 9.636 de 1998. O inciso XI, acrescido ao artigo 1.225 do Código Civil pelo artigo 10º daquela lei, introduziu o instituto como direito real. A Lei n. 9.636, que trata basicamente da regularização e

administração de bens imóveis da União, por sua vez, incorporou o art. 22-A, estabelecido pelo artigo 2º daquela lei, assentando seus preceitos sobre os requisitos da Medida Provisória n. 2.220, o que fortaleceu a legitimidade desse ato normativo do Poder Executivo.

O próprio art. 183 da Constituição Federal impõe uma série de requisitos à obtenção desse direito. De seu *caput*, extraem-se: a intenção de adquirir o domínio ou o direito de habitação; o limite de 250 m<sup>2</sup> do imóvel; a posse ininterrupta e incontestada por 5 anos; a utilização do imóvel para a moradia própria ou da família do titular; a localização em área urbana; e a qualidade não-proprietário de outro imóvel do titular. O § 1º desse artigo é que abre a possibilidade de exercício do direito previsto sobre imóveis públicos, ao mencionar a “concessão de uso”. Por sua vez, o § 2º veda seu reconhecimento ao mesmo possuidor por mais de uma vez.

Os mesmos requisitos são repetidos pela Medida Provisória n. 2.220 de 2001, em seu artigo 1º, que, todavia, acrescenta a data de 30 de julho de 2001 como limite para a aquisição da concessão de uso especial.

Além disso, o artigo 4º da medida provisória obriga ao Poder Público garantir a concessão em outro local se a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos moradores. Esse mesmo procedimento é, porém facultado ao Poder Público no caso de imóvel situado em bem: “I - de uso comum do povo; II - destinado a projeto de urbanização; III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou V - situado em via de comunicação” (artigo 5º).

Logo, *contrario sensu*, nos lugares referidos pelos artigos 4º e 5º do ato normativo, estaria vedada a concessão de uso especial para fins de moradia, restrição também não expressa no texto constitucional. Apesar disso, ao mesmo tempo que os referidos dispositivos restringem a aplicação do instituto, também ampliam o seu alcance, ao possibilitar a concretização do direito em outro local.

No mesmo sentido, no tocante aos bens da União, a Lei n. 9.636 veda a aplicação do instituto em imóveis funcionais (artigo 22-A, § 1º), sem, em contrapartida, prever o dever ou faculdade da União de prover esse direito em outro local, como fez os artigos supracitados da Medida Provisória n. 2.220.

Outra restrição contida na aludida medida provisória é quanto ao modo de reconhecimento, que, segundo seu art. 6º, deverá ser requerido primeiro perante a administração e, só em caso de resistência ou demora, poderá ser pleiteado em juízo.

Por último, o disposto no artigo 8º do ato normativo prevê as formas de extinção do direito à concessão de uso especial para fins de moradia, que ocorrerá no caso de: “I - o

concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; ou II - o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.” Tal previsão condiciona o direito ao uso do imóvel, bem como à condição de não-proprietário do beneficiado, a fim de evitar o desvio de finalidade do instituto.

Os demais dispositivos dos diplomas citados não restringem diretamente a aplicação da norma, muito embora haja alguns que levem a uma interpretação restritiva. É o caso, por exemplo, do artigo 3º da Medida Provisória n. 2.220, que expressa a possibilidade daqueles que se encontram regularmente inscritos em regime de ocupação e preenchem todos os requisitos poderem optar por exercer o direito à concessão. O mesmo seria dizer que, nesse caso, o direito em questão não é originário, mas derivado, devendo ser constituído através do competente registro.

Como se verá no item 2.2, a interpretação induzida pelo artigo 3º quanto à natureza constitutiva do instituto, também é encontrada nos tribunais e na doutrina, porém, não só com aplicação aos casos de inscrição de ocupação regular, mas estendida à aquisição do direito à concessão especial em si, com fundamento ainda no artigo 1.227 do Código Civil<sup>14</sup>. Trata-se de séria restrição a esse direito, pois, segundo o raciocínio, aquele que ainda não tenha registrado o título fica desprotegido, não podendo argui-lo em sua defesa.

Ressalte-se, ainda, que essas normas se aplicam no âmbito federal, sem prejuízo de leis estaduais e municipais que regulamentem a matéria em relação ao patrimônio do Estado e do Município, em consonância com a autonomia dos entes federativos (PRESTES, 2002, p. 845). A União possui competência para a edição de normas gerais sobre a matéria, o que não interfere na possibilidade de Estados e Municípios disciplinarem as especificidades da *concessão de uso especial para fins de moradia* sobre seu patrimônio, as quais podem ser diferentes daquelas estabelecidas na legislação federal (PRESTES, 2002, p. 846).

De resto, vale mencionar que a legislação infraconstitucional também amplia a eficácia da concessão especial de uso, por exemplo, ao permitir sua aquisição de forma coletiva em áreas que ultrapassem 250 m<sup>2</sup> (artigo 2º da Medida Provisória n. 2.220), ao caracterizá-la como transmissível, tanto por ato *inter vivos* como *causa mortis* (artigo 7º da Medida Provisória n. 2.220) e ao incluí-la no rol dos direitos reais que podem ser dados em hipoteca (artigo 1.473, VIII, do Código Civil).

---

<sup>14</sup> “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”

Como todo novo instituto jurídico, a inserção da concessão de uso especial para fins de moradia na Constituição Federal, bem como sua regulamentação pela MP n. 2.220/2001 e pela Lei n. 11.481/2007, deixou uma série de lacunas a serem preenchidas pela jurisprudência e pela doutrina.

Por ser relativamente recente, ainda não se formou jurisprudência, nem os doutrinadores esgotaram as discussões acerca do tema. Nos poucos julgados encontrados no TRF4 e no TJSC, no entanto, percebe-se a aplicação restrita que o judiciário tende a imprimir a esse instrumento.

Identificam-se, a seguir, alguns pontos de potencial polêmica a serem tratados nos próximos itens.

Quanto à natureza jurídica do instituto, pode-se debater se possui natureza de contrato administrativo ou de direito, o que repercutiria em afirmar se o reconhecimento da concessão consiste em ato discricionário ou vinculado da administração pública, assunto que será o discutido no próximo item. Interessante observar as condições suspensivas e resolutivas de vigência da concessão especial como técnica jurídica para evitar o desvio da finalidade do instituto.

Após, se estudará qual o potencial jurídico da eficácia da norma constitucional do artigo 183, e até que ponto ela pode ser restringida pela legislação e pelo Poder Judiciário. Assim, uma vez fixados os referenciais teóricos, serão abordados os seguintes temas: a eficácia declaratória ou constitutiva do instituto; a obrigatoriedade de requerimento administrativo frustrado ou retardado antes de se acionar a via judicial; a imposição de uma data-limite para a vigência da concessão; a questão da intenção, ou do *animus* do possuidor, que se desdobra na vedação da aquisição sobre imóveis funcionais e na sua impossibilidade quando houver contrato firmado com a administração pública; e a supremacia do interesse público como argumento do judiciário para deixar de aplicar o instituto.

## 1. **Natureza jurídica do instituto**

A expressão *concessão de uso* empregada pela Constituição Federal deve ser interpretada em seu contexto, de modo a não provocar confusão com o instituto da *concessão de direito real de uso*.

Ela está inserida no *Título VII* da Carta Magna, designado *Da Ordem Econômica e Financeira*, dentro de seu *Capítulo II*, chamado *Da Política Urbana*,



precisamente no art. 183, § 1º. Para se compreender a redação do § 1º, entretanto, é preciso se ter em mente o conteúdo do *caput*, que preceitua:

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.

O trecho sublinhado deve ser entendido de forma ampla. Não à toa, o constituinte empregou a palavra *domínio*, ao invés de *propriedade*. Isso porque o termo *propriedade* só alcançaria os bens privados, uma vez que é defesa a usucapião de bens públicos, em consonância com o próprio § 3º deste mesmo artigo, sem embargo da interpretação de que concessão especial seria verdadeira usucapião de uso, excetuando a referida vedação. Sobre a diferenciação conceitual entre propriedade e domínio, explica Ricardo Aronne:

Sujeito ativo usa, frui e dispõe (ação respectiva ao direito) o bem e não algum sujeito passivo. Já a pretensão de não ingerência, apesar de instrumentalizar direitos reais, não deriva deles, sendo de ordem pessoal e exercida posta a sujeitos passivos e não a coisas. Inexiste propriedade com a abstração de intersubjetividade, ao passo que isso não ocorre com o domínio, ao se traduzir em um poder direto e imediato sobre um bem. (1999, p. 90)

Assim, o art. 183 foi redigido de maneira a contemplar os moradores tanto de bens imóveis privados quanto públicos.

Com efeito, pois, como bem expõe Vanesca Buzelato Prestes:

Temos que a norma contida no artigo 183 da Constituição Federal não é tão-somente mais uma modalidade de usucapião denominada para fins de moradia. É um instituto da política urbana e como tal não poderia atingir, e não atinge, somente bens privados, porque as ocupações urbanas não diferenciam áreas públicas ou particulares. Não tem nenhum sentido para a política urbana em uma mesma ocupação, por exemplo, que é contígua e não respeita marcos abstratos decorrentes dos limites físicos das glebas, ser possível a regularização somente da área privada. O exemplo destacado não é incomum, refletindo a realidade das cidades brasileiras. (2002, p. 842)

Em seguida, passa-se à análise do § 1º: “*O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil*” (sublinhei). A expressão *título de domínio* do dispositivo citado foi regulamentada no Estatuto da Cidade com o nome *usucapião especial de imóvel urbano* (artigos 9º ao 14 da Lei n. 10.257 de 2001). Por sua vez, a expressão sublinhada dá origem ao instituto conhecido por *concessão de uso especial para fins de moradia*.

Os dois institutos, a *usucapião especial de imóvel urbano* e a *concessão de uso especial para fins de moradia*, devem ser analisados paralelamente, pois seguem o

caminho da proteção ao direito de moradia de forma análoga, adaptando-se às peculiaridades dos regimes de bens privados e de bens públicos, respectivamente.

Com isso, é possível chegar à exegese do instituto. Começando pela interpretação literal, poder-se-ia concluir erroneamente que se trata de uma clássica *concessão de uso*, ou seja, uma relação contratual entre o Poder Público e o particular, em que é conferido o direito de uso do bem público para o particular, o qual estaria afetado à moradia, enquanto perdurasse o sinalagma.<sup>15</sup>

Se assim fosse, a relação deveria respeitar as normas aplicáveis aos contratos administrativos, entre elas a obrigatoriedade de licitação, a supremacia do interesse público sobre o particular e o poder de rescisão por ato unilateral da administração (GOMES, 2004, p. 652-657). Todavia, como se vê pela análise do texto, a *concessão de uso especial para fins de moradia* não é concedida mediante licitação, mas do preenchimento dos requisitos estipulados pela constituição. Além disso, embora haja o interesse social de que todos possuam sua moradia, o instituto está voltado à concessão de um interesse particular, que não poderá ser sobrepujado pelo interesse público. Outra incompatibilidade com o caráter contratual é o fato de não haver fixação de prazo certo para o término da concessão, que poderá perdurar por toda a vida do beneficiado.

Portanto, a concessão de uso especial para fins de moradia não possui natureza jurídica contratual, sendo este aspecto que essencialmente a diferencia da *concessão de direito real de uso*, existente no ordenamento jurídico pátrio desde o Decreto-Lei nº 271 de 1967 (art. 7º). (GOMES, 2004, p. 652-657)

Por outro lado, a verdadeira natureza do instituto é nitidamente perceptível ao analisar-se pelos vieses da interpretação teleológica e da interpretação sistêmica. O próprio nome já acusa sua finalidade: a moradia. Assim, se aquele que cumprir os requisitos da norma tem direito a habitar no imóvel, independentemente da conveniência e oportunidade da administração pública, a concessão de uso especial visa a garantir o direito de moradia.

---

<sup>1</sup> 15Esse foi o entendimento adotado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em 11/05/2011, no julgamento da Apelação Cível nº 0111129-70.2008.8.26.0053, com relatoria de Burza Neto, de que se retirou o seguinte trecho: “Conforme se observa pelo documento de fls.14/15, o autor obteve concessão de uso especial para fins de moradia do imóvel ali descrito, por prazo indeterminado e nas condições ali previstas sendo que, entre essas condições não se encontra incluído quaisquer dos pedidos do autor posto que a cláusula 8o do mencionado instrumento estabelece que a concessão se extingue de pleno direito. Ademais, conforme se observa a Prefeitura Municipal necessitou do imóvel para a execução de obras de recuperação das margens do córrego Ponte Baixa, conforme se vê à fls.86/89 e, quando da determinação para a desocupação lhe foi prometida a indenização de R\$ 8.000,00, a título de apoio habitacional, que ao que parece foi por ele recusado não tendo, assim, qualquer outro direito porquanto a concessão poderia ser rescindida a qualquer tempo.”

Portanto, pela interpretação teleológica, considerando-se a distinção entre direitos e garantias, o instituto tem natureza jurídica de garantia constitucional ao direito social da moradia.

Assim, enquadra-se o instituto na concepção de garantia institucional, cunhada pela doutrina constitucionalista alemã do século XX, de que se tratará adiante no item 2.2.

À mesma conclusão se chega pela interpretação sistêmica. Como mencionado, a concessão de uso especial está inserida na Constituição no título que trata da ordem econômica e financeira, no capítulo sobre a política urbana. Este capítulo é composto de dois artigos, o 182 e o 183. O art. 182 dispõe sobre a função social da cidade, bem como sobre a função social da propriedade urbana, instituindo a obrigatoriedade de plano diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes, e disponibilizando aos municípios instrumentos garantidores da adequada utilização do solo urbano, quais sejam o parcelamento e a edificação compulsórios, o IPTU progressivo, e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Nesse contexto, entra o art. 183, de modo a revelar a preocupação da política urbana com a questão da moradia.

Dessa análise, conclui-se ainda que a moradia é uma forma de cumprimento da função social da cidade e da propriedade. Nesse sentido, Le Corbusier destaca quatro das funções atribuíveis à vida na cidade: habitar, trabalhar, cultivar o corpo e o espírito, e circular (apud BENEVOLO, 2009, p. 630). Se, por um lado, ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado deve ser imposta a obrigação de aproveitá-lo adequadamente (art. 182, § 4º), por outro, a pessoa que o utilizar para sua moradia, desde que cumpra os demais requisitos da norma, deve ser premiada com o *título de domínio* (art. 183). Esta cumpre a função social, aquele não.

Destarte, a concessão de uso especial para fins de moradia possui natureza de garantia ao direito à moradia e do cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana por meio da moradia.

Por fim, nota-se que, na prática, este instrumento, por si só, não é capaz de assegurar o direito à moradia em sua plenitude, mesmo daqueles que dele se beneficiarem, conforme o conceito empregado por Nunes de Souza, porquanto, uma vez coligado aos direitos de personalidade e aos demais direitos sociais, a consecução do direito à moradia depende de políticas públicas em diversas áreas. Tanto que este autor afirma ter a concessão especial natureza de direito real de habitação (2004, p. 308).

Todavia, não é correto afirmar, à luz da MP n. 2.220, que este instituto garante apenas o direito de habitação. Isso se vê, por exemplo, no art. 4º da aludida Medida

Provisória, que obriga ao Poder Público assegurar o exercício deste direito em outro local, no caso de moradia instalada em lugar que provoque risco à vida ou à saúde aos seus habitantes. *Contrario sensu*, ao menos nesse caso extremo, tal dispositivo garante o direito de moradia de forma independente do local onde ele foi adquirido pelo beneficiado. Desse modo, o instituto não corresponde, simplesmente, a uma relação entre o sujeito e o objeto, típica do direito real de habitação.

Tampouco seria acertado concluir que se trata de um direito pessoal, embora não necessariamente permaneça vinculado ao primeiro bem imóvel em que foi exercido, descaracterizando-se como direito real puro. Isso porque pressupõe uma relação típica de direito real com a coisa, qual seja a posse com ânimo de dono, expressa no caput do art. 183 da Constituição nos seguintes termos: “*Aquele que possuir como sua área urbana [...]*”. Além disso, é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Por derradeiro, foi incluído no Código Civil pela Lei n. 11.481 de 2007 entre os direitos reais (art. 1.225, XI).

Ante o exposto, a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia é de garantia, mesmo que parcial, do direito à moradia, por meio do exercício de um direito, em regra, de caráter real, que, excepcionalmente, pode vir a ter traços de direito pessoal. Por isso, difere-se também do direito de habitação, embora com ele guarde grande correspondência.

Se o direito de moradia enunciado no art. 6º do texto constitucional, possui caráter de norma programática, tendo, por si só, eficácia limitada, suas garantias carregam eficácia plena, ou, no mínimo, contida, quando houver norma idônea que as regulamente.

Outra característica interessante da concessão de uso especial é seu caráter de direito condicional, expresso pelos requisitos de obtenção e pelas causas extintivas que a norma impõe.

Da Medida Provisória n. 2.220 de 2001, depreende-se que as causas de extinção do direito à concessão de uso especial para fins de moradia são: a) a morte, desde que não haja sucessor que cumpra os requisitos para sua obtenção (art. 1º, § 3º, e art. 7º); b) o concessionário conferir ao imóvel uso diverso da moradia para si ou para sua família (art. 8º, I); e c) o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel, seja ele urbano ou rural (art. 8º, II).

A primeira das causas é comum a qualquer direito real, pois com o falecimento cessam os direitos reais do *de cuius*, transmitindo-se, em regra, aos herdeiros. Quando não há herdeiros, o direito do falecido deixa de existir, subsistindo o direito dos demais titulares, no caso, do ente público.

A segunda, porém, é um encargo, pois o beneficiário deve se abster de imprimir outro uso no imóvel que não a moradia para si ou sua família.

A terceira causa de extinção evidencia o caráter condicional desse direito. Com efeito, para a aquisição da concessão de uso especial, o interessado não poderá ser proprietário ou cessionário de outro bem imóvel. Tal requisito, portanto, é *condição suspensiva* à sua aquisição.

Uma vez adquirido, o direito persistirá, a menos que o beneficiado deixe de cumprir com requisitos essenciais à sua manutenção, ou seja, as causas de extinção citadas nos incisos I e II do artigo 8º da MP n. 2.220. Isso porque a manutenção da concessão somente se justifica enquanto esta tiver por função garantir a moradia daqueles que não têm outro imóvel para morar. Dessa maneira, a aquisição de outro imóvel e o uso diverso da moradia são motivos legítimos para suprimir o direito à concessão. Em outras palavras, essas hipóteses de extinção constituem *encargo* e *condição resolutiva*, respectivamente.

Os encargos e as condições são normalmente utilizados em relações contratuais de direito privado. De modo análogo ao que ocorre com a propriedade resolúvel, o Executivo legislador impõe condição ao adquirente da concessão de uso especial para fins de moradia, sob pena de extinção do direito.

De fato, a afetação do bem público a um particular deve ser exceção, apenas justificável diante de um interesse social maior, como a moradia.

Num esforço para diferenciar a condição do termo, explica Aderbal da Cunha Gonçalves que “na condição, ao contrário [do termo], na expressão de Henri de Page, tudo é aleatório, insegurança absoluta, dúvida completa, repercutindo esta situação, profundamente, sobre a intensidade e a vitalidade do direito condicional.” (1979, p. 73-74)

Realmente, a aquisição de outro imóvel pode se dar por meio incerto, como por sucessão.

A imposição de condições suspensivas e resolutivas para a fruição da concessão de uso especial foi uma excelente solução jurídica para evitar o desvio de sua finalidade inerente: a garantia do direito de moradia. Aliás, a condição como instituto jurídico do direito civil pode bem servir ao fim de conservar o bem, segundo o raciocínio de Laurent:

[...] o contrato celebrado sob condição resolutiva é puro e simples, mas a resolução nele é condicional. Daí segue que o comprador sob condição resolutiva é devedor da coisa sob condição suspensiva. Tem, portanto, o vendedor, a este título, todos os direitos que pertencem ao credor condicional, e, especialmente, pedir medidas conservatórias de seu direito. (apud GONCALVES, 1979, p. 98)

Isto posto, tem-se um panorama geral da natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia, que constitui uma garantia institucional ao direito fundamental à moradia, equivalente à usucapião de uso de bem público, mas que pode ser extinta se desviada a sua finalidade, nos casos previstos no ato normativo.

## 2. **Análise da eficácia do artigo 183 da Constituição Federal: a (in)constitucionalidade das restrições legislativas e da interpretação restritiva do judiciário**

Como visto no primeiro capítulo, os direitos sociais, na condição de normas programáticas, têm sua eficácia limitada. Para conferir alguma efetividade a essas normas, contudo, as Constituições sociais do século XX tenderam a fixar garantias que possuam plena eficácia, sem aguardar a iniciativa do legislador ordinário. No caso da moradia, tem-se a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista no art. 183 da Constituição Federal, como garantia do exercício desse direito em bens públicos. Passa-se a analisar a eficácia dessa garantia constitucional.

Em contraste com as programáticas, a doutrina reconhece normas Constitucionais imediatamente preceptivas, ou seja, diretamente aplicáveis. Essa categoria prescinde de qualquer regulamentação normativa para produzir eficácia no campo jurídico.

Segundo Crisafulli, as normas imediatamente preceptivas produzem efeito direto nas relações entre cidadãos, bem como entre o Estado e os cidadãos (BONAVIDES, 2008, p. 251). Por sua vez, José Afonso da Silva resgata a clássica construção da doutrina norte-americana de *self-executing provisions*, concluindo que a plena eficácia da norma depende de sua capacidade de ser autoaplicável, autônoma. Logo, utiliza-se o autor da completeza da redação normativa como critério à classificação de sua eficácia, o que desenvolve no trecho a seguir:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados. (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 87 e 88)

Adiante, o jurista elenca os casos em que se verificam as normas de eficácia plena:

Em suma, [...] são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais, a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentem suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 89)

À primeira vista, a redação do art. 183 da Constituição parece conferir eficácia plena à concessão de uso especial para fins de moradia. Com efeito, tal norma aparece completa e pronta para ser aplicada, conforme se lê:

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.

Inegável, portanto, que a Constituição apresenta aí uma norma imediatamente preceptiva, na concepção de Crisafulli. Para José Afonso da Silva, no entanto, as normas de eficácia plena podem, em determinados casos, ter seus efeitos regulados por norma infraconstitucional, limitando-os. No momento em que isso ocorre, a norma que possuía eficácia plena passa a ter eficácia contida.

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, embora possuam aplicabilidade direta e imediata, admitem, por qualquer motivo, sua restrição por meio de legislação infraconstitucional. Mas “*enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena*” (AFONSO DA SILVA, 1982, p. 92).

O autor enumera diversos fatores que podem permitir a contenção da eficácia de preceitos Constitucionais. Entre eles, a previsão, no próprio texto, de legislação restritiva e a restrição por outras normas constitucionais, notadamente, em ambos os casos, com o intuito de se preservar o direito da coletividade em face de eventual abuso no exercício da liberdade pelos sujeitos privados (1982, p. 104). Nesse diapasão, ele cita a utilidade pública e o interesse social, como motivos que possibilitariam a restrição de direitos como a *concessão de uso especial para fins de moradia*, após a introdução da Medida Provisória n. 2.220 de 2001 e da Lei n. 11.481 de 2007. Transcreve-se:

Necessidade ou utilidade pública; interesse social ou econômico; perigo público iminente. São outros tantos conceitos que interferem com a eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles, o poder público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados, especialmente em relação ao direito de propriedade. (1982, p. 101)

De fato, considerando-se a utilidade pública e o interesse social inerente aos imóveis públicos, é natural que o direito de particulares sobre eles esteja sujeito a determinadas restrições, mesmo se tratando de garantia constitucional de caráter institucional, como a concessão de uso especial, que visa a assegurar o instituto da moradia como direito social.

Logo, a concessão de uso especial para fins de moradia classifica-se, do modo como se apresenta hoje na legislação, entre as normas constitucionais de eficácia contida.

Com relação à categoria de garantias institucionais, a que se enquadra o instrumento, vale citar a definição de R. Thoma: *“As garantias institucionais, repetidamente mencionadas, são proibições dirigidas ao Legislativo para não ultrapassar na organização do instituto aqueles limites extremos, além dos quais o instituto como tal seria aniquilado ou desnaturado”* (apud BONAVIDES, 2008, p. 540-541). Daí se extrai que a regulamentação normativa de uma garantia institucional não pode prejudicar a essência do instituto protegido. No caso, o instrumento da concessão especial visa à proteção à moradia, direito constitucional que, segundo o raciocínio do autor, deve ser mantido incólume às regulamentações legislativas.

José Afonso da Silva vai além ao ponderar o alcance das limitações que podem ser impostas à aplicação das normas constitucionais: *“as regras de contenção da eficácia daquelas normas não podem ir ao ponto de suprimir as situações subjetivas em favor dos governados. Essa contenção só pode atuar circunstancialmente, não de modo contínuo. Isso seria ditadura.”* (1982, p. 154)

Há que se atentar ainda para o fato de que, sendo o instituto uma garantia ao direito fundamental à moradia, este subsiste mesmo quando aquela é ineficaz, conforme assinala Juan Carlos Rébora: *“O fracasso da garantia não significa a inexistência do direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos”* (apud BONAVIDES, 2008, p. 527).

É necessário se ter em mente essas ideias ao analisar a juridicidade das normas que regulamentaram a concessão de uso especial, bem como das decisões judiciais acerca desse direito, desafio este enfrentado adiante.



A esse estudo, como já anunciado, selecionaram-se alguns pontos que, a partir de uma análise preliminar das leis e das decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina encontradas por meio da busca em suas respectivas páginas da rede, pareceram mais polêmicos. São eles: a eficácia declaratória ou constitutiva do instituto; a exigência de requerimento administrativo frustrado ou retardado para se acionar a via judicial (art. 6º, *caput*, da Medida Provisória n. 2.220); a imposição de uma data-limite à sua eficácia (arts. 1º e 2º, *caput*, da Medida Provisória n. 2.220); a dificuldade de caracterização da posse sobre bens públicos: a vedação à aquisição desse direito em imóveis funcionais (art. 2º, § 1º, da Lei n. 11.481/07) e a existência de contrato com a administração; e o princípio constitucional da supremacia do interesse público como fundamento para afastar a incidência do instituto.

### 2.1. *A eficácia declaratória*

A aquisição do título de concessão para registro desse direito no cartório de registro de imóveis depende de requerimento perante a administração pública ou o judiciário, com a comprovação do preenchimento de todos os requisitos e, quando se tratar de bem da União ou de Estado, deverá ser acompanhada de certidão municipal que ateste a localização do imóvel em área urbana e a destinação à moradia do ocupante ou sua família.

Essa exigência da lei pode gerar dúvida quanto à eficácia do instituto, se declaratória ou constitutiva, vez que o reconhecimento do direito está subordinado ao aludido procedimento.

Tal discussão é de extrema importância, já que define, até mesmo, a possibilidade de se arguir o direito à concessão como matéria de defesa contra, por exemplo, eventual ação possessória proposta pelo Poder Público. Ou seja, caso o ente público proprietário proponha ação possessória contra uma pessoa que ainda não tenha requerido a concessão, mas que preencha os requisitos para tanto, pode ela alegar esse direito?

Tratando-se o instituto de um direito real, a solução para a questão da eficácia reside na opção do sistema jurídico brasileiro de privilegiar a situação de fato ou o formalismo para o reconhecimento dos direitos sobre bens imóveis. Se privilegiada a situação de fato, a eficácia será declaratória. Se, ao contrário, esta foi preterida ante ao formalismo, então a eficácia será constitutiva.

Para se resolver a questão é conveniente uma breve passagem sobre a importância da posse, ou seja, da situação de fato encontrada no imóvel. Ao tratar da posse, José Dias Figueira Júnior destaca o clássico dilema entre a teoria subjetiva de Savigny e a

teoria objetiva de Jhering. Para o primeiro, a caracterização da posse deveria priorizar o elemento psicológico, ou seja, a intenção do ocupante em relação à coisa, o *animus*. Já Jhering, discordando de Savigny, nega a relevância desse elemento, e afirma que, ao invés, são os atos exteriores que configuram a posse, o *corpus*. (1999, p. 34-35)

Figueira Júnior entende que a posse, na atualidade, requer uma fusão dos dois elementos. Em suas palavras:

Entendemos que esses dois requisitos (material e psicológico) fundem-se para formar um elemento único, no qual reside a essência da fundamentação e da própria existência da relação possessória, qual seja, o *poder de fato*. Sem este elemento constitutivo não se pode falar em *posse*, mas em qualquer outra situação desprovida dos efeitos jurídicos a ela peculiares.

A posse nada mais é do que uma relação fática socioeconômica com carga potestativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular de um bem da vida para a obtenção da satisfação de suas necessidades suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, tornando-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico. (1999, p. 35)

Segundo a teoria do fato socioeconômico potestativo defendida pelo autor, o possuidor deve deter o poder de fato sobre a coisa, capaz de mantê-la à sua ‘disponibilidade’ bem como assegurar a ‘abstenção de terceiros’ (1999, p. 37-38). Acrescenta, ainda, mais um elemento inerente à posse: a função social. Com efeito, é só por meio do exercício da posse que a propriedade poderá atingir uma função social. Sustenta Figueira Júnior:

A posse está longe de ser apenas uma *sentinela avançada* da propriedade, ao contrário do que afirmava Jhering; ela é muito mais do que isso, porquanto representa o verdadeiro sentido social dos direitos reais no mundo fático, conferindo-lhes movimento, vida, pura e efetiva razão existencial. O sentido dialético dos direitos reais encontra-se na própria posse, tendo em vista que existem lógica e formalmente para a consecução da finalidade dos bens à satisfação socioeconômica das pessoas que sobre eles exercem poderes de ingerência dentro dos parâmetros da integração coletiva. Exsurtem, portanto, os componentes sociológicos inseparáveis deste instituto que são os interesses particulares harmonizados com os da coletividade. (1999, p.42)

E cita a colocação de Antônio Hernandez Gil, segundo o qual “*não é imaginável nenhum modelo de sociedade em que falte a posse, porque está ao serviço das grandes exigências de todo ser humano, que são a necessidade e a liberdade*”. (1999, p. 43)

Elevada à categoria de instituto jurídico por sua já ressaltada importância, a posse possui características tanto de direito pessoal como real, sem, contudo, se enquadrar perfeitamente em qualquer delas.

Nesse contexto, é impensável a situação formal prevalecer em detrimento do fato, este sim causador do direito correspondente, seja a propriedade, por meio da usucapião, ou a concessão de uso especial para fins de moradia. Realmente, o direito

brasileiro optou pela valorização da situação fática, admitindo-se prova em contrário sobre o conteúdo do título ou registro, cuja presunção é relativa. José Carlos de Moraes Salles confirma esse fato, aderindo à tese:

Na doutrina, opinam no mesmo diapasão Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Natal Nader e Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. Washington de Barros Monteiro, embora mencione a sentença entre os requisitos da usucapião, certamente o fez por inadvertência, porquanto, mais adiante, esclarece que ‘a sentença corresponde apenas à solene declaração de um direito preexistente’. (2006, p. 81)

A concessão de uso especial é uma forma de aquisição do direito de uso afetado à moradia sobre imóvel público, ao passo que a usucapião é uma forma de aquisição originária da propriedade. Assim, pelos mesmos motivos que a usucapião possui eficácia declaratória, também é assim com a concessão de uso especial, embora haja entendimento em diverso<sup>16</sup> (LIMA, 2009, p. 144-145).

Não foi outro o propósito do legislador ao usar a expressão “*declaração do juiz*”, no § 3º do art. 6º da Medida Provisória n. 2.220, senão fazer alusão à natureza declaratória do reconhecimento desse direito (LIMA, 2009, p. 144-145)<sup>17</sup>.

Sobre o tema da usucapião, Benedito Silvério Ribeiro afirma que “*não há direito constituído em favor do prescribente, mas sim declaratório preexistente da propriedade, cuja aquisição terá ocorrido com o perfazimento dos requisitos assinalados em lei*” (RIBEIRO, 2003, p. 1395). E continua:

A sentença de procedência da ação não é atributiva do domínio, e o fato de reconhecê-lo não afasta o seu caráter declaratório, pois o que busca o usucapiente é a declaração de um fato jurídico que se materializa na posse *ad usucapionem*, isto é, rodeada dos característicos indispensáveis a que seja como tal considerada. (RIBEIRO, 2003, p. 1395)

<sup>16</sup> “Sabe-se que se adquirem pelo usucapião não só a propriedade, como outros direitos reais que implicam em posse dos objetos sobre que recaem, como usufruto, o uso e a habitação. Então, será que a aludida concessão especial de uso para fins de moradia não seria verdadeira usucapião de direito real de uso? Será que a referência à figura da concessão não passa de jeu de mots constitucional para não imbricar exceção à interdição de usucapião sobre imóveis públicos? Parece que não, eis que no usucapião a propriedade (ou outro direito real que implique posse) adquire-se do só preenchimento dos requisitos legais, porque a sentença que o proclama é preponderantemente declaratória dessa conquista pretérita do direito real. Assim parece ser na concessão especial do direito real de uso: a verificação dos requisitos constitucionais implica direito subjetivo público à conquista da concessão, mas não direito real de uso em si. Este somente estará adquirido com o registro do título aquisitivo (contrato de concessão ou sentença judicial) no álbum imobiliário (CC, art. 1227).”

<sup>17</sup> Discorda Márcio Kammer de Lima: “Donde o equívoco do legislador ao gizar que em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença (MP nº 2.220/01, art. 6º, § 3º)”.

Por analogia, quem cumprir os requisitos da concessão, enquanto estes persistirem, pode requerê-la a qualquer tempo, pode argui-la como defesa contra qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que lese ou ameace esse direito, independentemente de título ou registro.

É cabível, ainda, ao detentor deste direito, a propositura de qualquer ação possessória fundada no domínio do imóvel.

Assim, a decisão que reconhecer o direito a concessão de uso especial, seja administrativa ou judicial, terá eficácia retroativa, eficácia *ex tunc*, comum a toda decisão declaratória.

### *2.2.2 Requerimento administrativo anterior como condição para acionar a via judicial*

O *caput* do artigo 6º da Medida Provisória n. 2.200 de 2001 regula que o requerimento da concessão de uso especial deve ser feito, primeiramente, perante a administração pública, consistindo pré-requisito para a obtenção do título pela via judicial. Vale transcrever: “*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.*”

A ausência de tal dispositivo no projeto de lei que se converteu no Estatuto da Cidade foi um dos motivos para o veto dos seus artigos 15 a 20, que disciplinavam a concessão de uso especial para fins de moradia, com a justificativa de evitar o acúmulo de demandas no judiciário. Nos termos das razões de veto, comunicada pela Mensagem n. 730 de 10/07/2001 da Presidência da República:

Por fim, não há no art. 18 a definição expressa de um prazo para que a Administração Pública processe os pedidos de concessão de direito de uso que, previsivelmente, virão em grande número a partir da vigência deste instrumento. Isto traz o risco de congestionar o Poder Judiciário com demandas que, num prazo razoável, poderiam e deveriam ser satisfeitas na instância administrativa.

A notória realidade do Poder Judiciário no Brasil condiz com a preocupação da presidência em priorizar a via administrativa. Contudo, não se pode olvidar do princípio da ubiquidade da jurisdição, expresso no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em face desta oposição constitucional, é preciso determinar-se em que medida se aplica a referida imposição da lei.

Pelo confronto dos referidos dispositivos do ato normativo e da Constituição, conclui-se que o judiciário poderá ser acionado para a aquisição do título de concessão de uso especial em dois casos: de modo a atender ao requisito legal, após o interessado ter requerido administrativamente, havendo recusa ou omissão do órgão competente; e, conforme o direito fundamental do acesso à justiça, sempre que houver lesão ou ameaça ao direito da concessão sobre o imóvel, independentemente de prévio requerimento administrativo.

O primeiro caso é direto e objetivo, já que se trata de requisito formal para a propositura da ação. É o que se extrai do julgamento da Apelação Cível n. 2005.032953-4, em que a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve sentença que indeferiu a petição inicial, extinguindo o feito sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, já que o autor não havia ingressado previamente na via administrativa, conforme impõe a Medida Provisória n. 2.220 de 2001<sup>18</sup> (SANTA CATARINA, 2006).

Nesse sentido, o dispositivo legal é aplicável, pois apenas regulamenta a obtenção de um direito garantido pela constituição, sem subtrair-lhe eficácia.

No entanto, quando a concessão de uso especial para fins de moradia é fundamento de ação possessória ou é alegada como defesa em ação dessa natureza, prescinde-se de prévio requerimento administrativo para a sua declaração pela via judicial, vez que presente a lesão ou a ameaça a este direito, que, com base na norma constitucional expressa no art. 5º, XXXV, torna obrigatória a apreciação da demanda pelo judiciário.

Quanto a essa questão, acórdão também proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina utilizou-se de argumento equivocado para afastar a proteção possessória de possível titular do direito real ora analisado. Segue o trecho:

---

<sup>1</sup> 18Vale conferir o seguinte trecho: Embora nos anos de 1998 e 1999, oportunidade em que o apelante alega ter se dirigido à Prefeitura Municipal de Joinville, por três vezes distintas, e lá ter tratado verbalmente com servidores públicos municipais acerca da concessão de uso especial para fins de moradia, prevista no § 1º, do art. 183, da Constituição Federal de 1988, ainda não houvesse sido editada a Medida Provisória n. 2.220/2001, que prevê, em seu art. 6º, que o título de concessão de uso especial “*será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial*”, é evidente que o autor/apelante, já naquela época (1998/99), deveria ter requerido expressa e formalmente a pretendida concessão de uso especial, a fim de que se instaurasse o necessário processo administrativo, denominado pelo saudoso administrativista, HELY LOPES MEIRELLES, de “processo de outorga”, mas não o fez. [...] Logo, não resta dúvida de que a concessão de uso especial para fins de moradia deverá ser requerida, inicialmente, à Administração Pública (processo administrativo) e, somente na hipótese de recusa ou omissão dela, é que o interessado poderá socorrer-se do processo judicial, de sorte que não tendo o apelante demonstrado que a Administração Pública Municipal de Joinville tenha se negado a outorgar-lhe o título de concessão de uso especial do imóvel urbano público, ou não tenha apreciado o seu pedido no prazo estipulado, falta-lhe interesse processual de agir. (ESTADO DE SANTA CATARINA, 2011)

Por fim, vale destacar que o agravante em nenhum momento demonstrou ter ingressado administrativamente com requerimento para obtenção da concessão de uso especial sobre imóvel público, nos termos do disposto no art. 6º da MP n. 2.220/01.<sup>19</sup> (ESTADO DE SANTA CATARINA, 2003)

Ora, se a eficácia da concessão de uso especial é declaratória, não pode o juízo exigir cumprimento de requisito formal para a proteção deste direito, mas deve declará-lo com base na situação de fato, ou então ele estará sendo negado. Em virtude disso, não tem base o argumento transcrito, pois ele retira eficácia de garantia constitucional dirigida à proteção do direito fundamental à moradia, e do direito subjetivo dela decorrente.

De outro norte, assim como a usucapião, esse direito pode ser declarado em favor de quem figura no pólo passivo da ação possessória, mas, nesse caso, não servirá a sentença como título hábil para o registro do bem no cartório competente. Nesse sentido, observa Benedito Silvério Ribeiro que “a usucapião acolhida em defesa não permite registro [...]” (RIBEIRO, 2003, p. 1396, nota de rodapé 2.352).

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região teve a oportunidade de se pronunciar sobre essa questão (RIO GRANDE DO SUL, 2008b), ocasião em que, em consonância com o parecer do Ministério Público Federal, corretamente resguardou o direito à concessão de uso especial. Transcreve-se a ementa:

ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. A autarquia não conseguiu demonstrar a posse anterior e o esbulho, sequer a alegação de domínio foi comprovada, ao contrário, a prova trazida aos autos demonstra a não-identidade da área titulada e da pretensamente esbulhada pelos apelados. Por outro lado, a ocupação reúne centenas de famílias e acha-se consolidada há várias décadas, mesmo que se admitisse a tese da apelante, os apelados fariam jus à concessão de uso especial para fins de moradia, prevista no artigo 183, § 1º da Constituição Federal e recentemente regulamentada pela Medida Provisória nº 2220, de 4.9.2001.

Pelo exposto, percebe-se que não há inconstitucionalidade no artigo 6º da Medida Provisória n. 2.220. Todavia, este dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, de modo a não impedir que se utilize a via judicial sempre que houver lesão ou ameaça ao direito à concessão de uso para fins de moradia, mesmo que este ainda não tenha sido registrado.

### *2.2.3 A imposição de data-limite*

O art. 183 da Constituição Federal impõe uma série de requisitos à aquisição do direito à concessão de uso especial, com o intuito de não desviar o seu fito enquanto instrumento destinado a garantir a moradia de pessoas socialmente desfavorecidas. Todavia, a Medida Provisória n. 2.220 acrescenta outra exigência: só poderá obter este direito aquele que preencher todos os demais requisitos até a data de 30 de julho de 2001.

Tal exigência não constava do projeto de lei do Estatuto da Cidade. A ausência de uma data-limite consistiu um dos motivos que justificaram, ou, ao menos, explicaram, o veto dos artigos 15 a 20. Retira-se das razões de veto, comunicadas pela Mensagem n. 730 da Casa Civil da Presidência da República:

O projeto não estabelece 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 gerado em décadas de urbanização desordenada.

Trata-se de interpretação do texto constitucional realizada pelo Poder Executivo, propondo uma restrição infraconstitucional do instituto no tempo, a qual foi materializada pela Medida Provisória n. 2.220. Resta analisar se essa restrição é materialmente constitucional, já que não se atará neste trabalho a discutir sua validade do ponto de vista formal, embora duvidosa.

O embate se trava entre o direito à moradia e o interesse público, materializado no uso dos bens públicos. Até que ponto é permitido sacrificar a indisponibilidade dos bens públicos em prol do direito à moradia?

A primeira ressalva é feita pela própria Constituição, quando, no § 3º do art. 183, veda a aquisição dos bens públicos pela usucapião. O regime jurídico diferenciado dos imóveis públicos justifica a diferenciação entre a concessão de uso especial para fins de moradia e a usucapião especial de imóvel urbano.

Todas as demais ressalvas feitas pela lei também se fundamentam no interesse público, fato que, como já visto, pode autorizar a contenção da concessão especial de uso, desde que não lhe retire a essência de sua eficácia.

Por trás do debate jurídico, não se pode olvidar a presença dos interesses políticos que o permeiam. O Poder Público teme, sobretudo, que esse instrumento constitucional da política urbana provoque efeitos indesejados, que deturpam a finalidade almejada pelo constituinte, mormente o possível estímulo à ocupação desenfreada das áreas públicas.

Diante de tal preocupação política, o Executivo legislador resolveu estipular uma data-limite para a eficácia dessa garantia constitucional. Juridicamente, é possível se abordar a constitucionalidade dessa exigência em dois níveis. Primeiro, se é constitucional a imposição, por si só, de uma data-limite, independente de qual seja. Superado este ponto, ainda seria de se avaliar em que medida é permitido ao legislador auferir com liberdade qual será esta data-limite.

É notável, por exemplo, que se a data-limite fosse anterior à Constituição de 1988, que inaugurou o instituto, ela seria inconstitucional. Com efeito, seria antijurídica a projeção dos efeitos da norma constitucional ao período anterior à própria Constituição pelo legislador ordinário. Haveria, assim, uma inovação jurídica para o passado e nenhuma aplicação para o futuro, o que, obviamente, é inconcebível. Também não faria sentido se estivéssemos no ano de 2050, supondo que fosse grande a demanda por habitação, e, no entanto, o dispositivo constitucional, por desígnio da presente norma ordinária, fosse aplicável apenas aos fatos ocorridos até o ano de 2001. Em qualquer desses casos, seria o mesmo que reduzir a letra da Constituição a nada.

A finalidade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia é, como já tratado, assegurar o exercício do direito de moradia a pessoas que não são proprietárias de nenhum imóvel. Não faz parte de seu escopo o incentivo à apropriação de bens públicos, tanto que, justamente com o propósito de impedir tal fenômeno, o § 3º do art. 183 da Constituição Federal veda a aquisição desses bens por usucapião.

Em contrapartida, a imposição de data-limite, em que pese resolver a questão do estímulo à ocupação irregular de imóveis públicos, esvazia o conteúdo da garantia constitucional da concessão de uso especial em relação às situações presentes e futuras, quando sua finalidade abrange essas situações. Se o constituinte não almejasse a aplicação da concessão de uso especial aos casos presentes e futuros, iria ele próprio estipular essa limitação, caso em que, provavelmente, o instituto estaria inserido entre os Atos e Disposições Constitucionais Transitórios.

Pelo aporte teórico sobre a aplicabilidade das normas constitucionais apresentado no início desse item, o legislador infraconstitucional não possui o condão de macular o núcleo da norma superior, o que conduziria invariavelmente à inconstitucionalidade da lei.

Portanto, é inconstitucional a restrição temporal imposta pelo artigo 1º e 2º da Medida Provisória n. 2.220 de 2001, resguardado ao governo o poder-dever de implantar políticas no sentido de evitar e regulamentar a ocupação de áreas públicas. A garantia expressa



no artigo 183 da Constituição produz seus efeitos até a presente data, e continuará aplicável até que se altere o texto constitucional por processo idôneo.

#### 2.2.4 O ânimo próprio à aquisição da concessão de uso especial para fins de moradia

Ao se interpretar o dispositivo constitucional, pode-se chegar à conclusão de que, assim como a usucapião, a aquisição do direito à concessão de uso especial tem como requisito a posse com *animus domini*, ou seja, como se proprietário fosse. Vejamos sua redação do art. 183: “Aquele que possuir como sua área urbana...”. Assim assinalou Benedito Silvério Ribeiro:

O art. 1º da Medida Provisória n. 2.220/2001, como já ressaltado, guarda bastante semelhança com a usucapião urbana individual.

A posse precisa ser qualificada, caracterizada como ininterrupta e sem oposição, rodeada de *animus domini* e com finalidade de moradia. (RIBEIRO, 2010, p. 1073)

Este entendimento, entretanto, não é tecnicamente preciso, já que, uma vez vedada a aquisição da propriedade de bens públicos por usucapião, não existirá *animus domini* sobre eles, a não ser nos casos em que o possuidor desconhece a qualidade pública do bem, o que não é incomum, por exemplo, tratando-se de terrenos de marinha em locais onde não há demarcação da Linha Preamar Média homologada.

Com efeito, a concessão de uso especial equivale a uma usucapião de uso, ou mais, precisamente, à usucapião de direito real de habitação, ressalvadas suas características próprias de direito pessoal atrelado à moradia. Por isso, para obtê-la, o pretendente a concessionário deverá possuir ânimo idôneo. Nas palavras de Benedito Silvério Ribeiro: “*não ostentando o possuidor a coisa como sua, isto é, sem o animus domini, ausente, assim, a boa-fé, não afigurarão patenteados os requisitos indispensáveis à aquisição prescricional do domínio*” (2003, p. 78)

A posse de direitos reais foi admitida no direito romano (*quasi possessio*). Conseqüentemente, desde então é possível a aquisição desses direitos por usucapião (RIBEIRO, 2003, p. 476).

Comumente, “*o usufruto, o uso, a habitação constituem-se pela prescrição, quando os objetos, sobre que tais ônus recaem, não pertencem àqueles que os constituem*” (RIBEIRO, 2003, p. 476, nota de rodapé 863). No caso da concessão de uso especial, tendo ou não a ocupação do imóvel sido pactuada com alguém, corre a prescrição aquisitiva, a menos que tenha sido esta contratada em caráter provisório e precário pelo ente do Poder Público titular do domínio.

Dessa forma, seria absurdo haver como requisito da concessão o ânimo de proprietário do bem. O que preceitua o dispositivo constitucional é a existência da posse de habitante, ou seja, como se tivesse sobre o bem direito real de habitação a título gratuito e de modo irrevogável. Em latim, usa-se a expressão *animus rem sibi habendi* para caracterizar esta situação, isto é, a intenção de adquirir o direito de uso sobre a coisa, não a propriedade.

Sem dúvida, o ânimo é um elemento psíquico que deve se somar à posse para que esta seja capaz de usucapir o bem (SALLES, 2006, p. 76). A dificuldade em determinar a presença ou ausência de tal requisito no caso concreto é tremenda, de modo que há grande divergência jurisprudencial. (SALLES, 2006, 75-79).

Para Ihering, a chave do problema está na causa da posse. Por isso, os meros detentores não podem adquirir o bem por usucapião, porquanto o possuem em nome de outrem. Da mesma forma, não corre a prescrição aquisitiva em favor do locatário, do comodatário, do usufrutuário e do credor pignoratício, que exercem posse direta sobre a coisa em caráter temporário. Em ambos os casos, a causa da posse advém de um acordo com o verdadeiro dono e possuidor, impossibilitando a aquisição originária do bem. (SALLES, 2006, p. 76)

Em algumas relações contratuais, ou, ainda, em casos estabelecidos por lei, como no direito real de habitação, a doutrina reconhece a coexistência de dois tipos de posse: a direta e a indireta. A posse direta é exercida por aquele que efetivamente se encontra no imóvel, ao passo que exerce a posse indireta o proprietário do imóvel. Enquanto essa relação existir, não corre prescrição aquisitiva.

Assim, impede a aquisição do domínio, a celebração de contratos que desdobram a posse em direta e indireta, isto é, o usufruto, o uso, a habitação, a enfiteuse, o comodato, o aluguel, o depósito, o compromisso de compra e venda, a anticrese, entre outros.

A mesma regra é aplicável quando se tratam de bens públicos. Todavia, tratando-se de patrimônio público, o ânimo próprio à aquisição da concessão especial, em regra, só terá sentido se sobre bem dominical, apenas excepcionalmente possível no caso de bens de uso comum do povo ou de uso especial. Isso porque, em geral, essa categoria de bens é visivelmente afetada ao uso da coletividade, não cabendo apropriação por particular. Quando, entretanto, não for possível se identificar o caráter público do imóvel em decorrência de fato que gerou a desafetação tácita do bem (DI PIETRO, 2008, p. 638), será concebível uma posse com ânimo sobre ele.

A Lei n. 9.760 de 1946, que dispõe sobre imóveis da União, atribui à administração federal o poder de celebrar determinados contratos com particulares sobre seu

patrimônio disponível, sejam eles: a locação, o aforamento e a cessão (art. 64). Nesses casos, portanto, os bens públicos estarão protegidos contra a usucapião.

Se o regime for de ocupação, todavia, é possível que haja posse com ânimo próprio à aquisição da concessão de uso especial para fins de moradia, independentemente de a ocupação ser registrada ou não. Não é por outra razão que ao artigo 3º da Medida Provisória n. 2.220 de 2001 confere ao ocupante regularmente inscrito que preencha os requisitos a opção de obter a concessão. Da mesma forma, tal possibilidade alcança a concessão de direito real de uso, desde que esta esteja afetada à moradia, e não tenha caráter de comodato.

Os aludidos contratos de direito privado que impedem a prescrição aquisitiva não ferem o texto constitucional, embora, de fato, limitem a aplicação da concessão de uso especial para fins de moradia. A contenção, nessas hipóteses, acontece em proteção ao direito de propriedade, porquanto o proprietário não se desvincula do imóvel, exercendo ainda posse sobre ele, mesmo que indiretamente.

Com base em relação contratual de direito privado, a Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade, deu provimento ao recurso no recente julgamento da Apelação Cível n. 2007.044621-4<sup>20</sup> (SANTA CATARINA, 2011). Tratava-se de ação reivindicatória proposta pelo Município de Santa Cecília, que havia sido julgada extinta sem resolução de mérito pela juíza *a quo*, por falta de interesse de agir ante a alegação da ré de aquisição da *concessão de uso especial para fins de moradia*. Chamou a atenção o fato de o acórdão que reformou a sentença ter se fundamentado, sobretudo, em contrato verbal de comodato alegado pela municipalidade, o que poderia afastar a incidência desse instituto. Assim, haveria interesse de agir, pelo que se determinou o prosseguimento da ação.

<sup>20</sup> Extrai-se o seguinte trecho: “No que tange à suposta impossibilidade jurídica do pedido, faz-se necessário elucidar que o ente municipal não está restrito à realização de contratos que objetivem a consecução de interesses públicos, podendo celebrar ajustes que, embora de natureza administrativa, serão regidos pelas normas de direito privado. Assim, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ‘*costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular; caracterizando-se a relação jurídica pela traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular; caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade*’ (Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 237). Portanto, com vênia, percebe-se o equívoco da magistrada sentenciante ao ter extinguido o processo por ausência de fundamento jurídico que amparasse o pedido possessório porquanto, à míngua de elementos suficientes nos autos a demonstrar que o imóvel foi concedido para a apelada sob a égide da MP 2.220/2001 -- a qual prevê vários requisitos que devem ser observados para que a concessão seja efetivada --, deve prevalecer e ser considerado o contrato verbal de comodato alegado pela municipalidade, tendo em vista que, ‘*conforme o art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, cabe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor*’ (AC n. 2008.073016-9, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 17.3.2009).”

Também é possível que o Poder Público estabeleça acordo de uso em seus imóveis indisponíveis, afetados à atividade pública, como no caso de servidor que reside em imóvel funcional, que se insere em bem de uso especial. Não há, nesse caso, ânimo para a obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia.

É nesse sentido que a Lei n. 11.481 de 2007 acrescentou o art. 22-A à Lei n. 9.636 de 1998, que versa sobre a concessão de uso especial para fins de moradia em imóveis da União, com seu § 1º dispondo: “*O direito de que trata o caput deste artigo não se aplica a imóveis funcionais*”. A vedação da aquisição deste direito sobre imóveis funcionais visa principalmente a evitar que funcionários da administração se aproveitem de eventual permissão que obtiveram para residir em imóvel público para nele permanecerem indefinidamente por meio do instituto.

Mesmo antes da introdução dessa lei, que só abarca o patrimônio da União, o TJSC já havia afastado, em 2003, a alegação do direito à concessão especial com base, entre outros argumentos, no caráter funcional do imóvel.<sup>21</sup> (SANTA CATARINA)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou a matéria de modo semelhante em julgado de 2008, sem se referir à Lei n. 11.481, embora já vigente então (RIO GRANDE DO SUL, 2008a). Demonstra o relator, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, a ausência de direito real sobre a coisa ante a relação de direito pessoal que permitiu a ocupação. Para descaracterizar a posse dos recorrentes, o relator aponta a ausência de direito de transferência, de forma a configurar mera detenção do imóvel.

A vedação inserida na Lei n. 9.636 deixa de ser redundante quando a ocupação ocorre irregularmente sobre imóvel funcional não-utilizado ou subutilizado. Nesses casos, a lei restringe nitidamente o mandamento estatuído no artigo 183 da Constituição Federal, em virtude de interesse público indisponível, qual seja a utilização dos bens de uso especial para a finalidade a que foi, por lei, afetado. Em razão disso, tal restrição é constitucionalmente válida.

Nada impede, contudo, que o Poder Público exerça a faculdade descrita no artigo 5º da Medida Provisória n. 2.220, assegurando o direito de concessão especial em outro local também a ocupantes de imóveis funcionais, desde que preenchidos todos os requisitos,

<sup>21</sup> Extrai-se o seguinte trecho: “Pois bem. Compulsando os autos para julgamento, fácil perceber que o agravante apenas obteve permissão para ocupar o referido imóvel, conferida pela Diretoria da Escola Básica Silveira de Souza. Em outras palavras, detinha apenas a posse precária do imóvel, e não a concessão de uso especial aludida na peça recursal. Com efeito, tendo ocorrido mera permissão ou tolerância do proprietário para que o agravante residisse no imóvel, inexistente ‘posse jurídica’, conforme preconiza o art.497 do CC/1916, *in verbis*: ‘Art. 497. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade’.”

embora esta hipótese não esteja prevista neste dispositivo. Com efeito, pois, apesar de a administração pública estar vinculada ao princípio da legalidade em todas as suas ações, seria inconstitucional a supressão dessa faculdade, de modo a atentar contra o direito à moradia.

Destarte, o *animus rem sibi habendi* é um elemento necessário à obtenção da concessão especial, podendo afastar a aquisição do mesmo a existência de contrato entre o ocupante do imóvel e a administração. Os regimes de ocupação e de concessão de direito real de uso excepcionam essa regra, já que, por sua natureza, não descaracterizam o ânimo do possuidor. Por fim, é constitucional a vedação à aquisição da concessão especial sobre imóveis funcionais, conforme analisado.

#### 2.2.5 O interesse público como fundamento para o judiciário deixar de aplicar o instituto

Além das restrições legais, o judiciário também pode provocar a restrição do direito à concessão de uso especial para fins de moradia com base no princípio constitucional da supremacia do interesse público. Há situações em que, realmente, o instituto poderá ser afastado pela incidência desse princípio. Todavia, esse argumento não pode justificar a arbitrariedade do juiz, tendo em vista o subjetivismo inerente ao conceito de interesse público.

Conforme fundamentado no item 2.1, o artigo 183 da Constituição Federal é autoaplicável, gozando de plena eficácia, apenas restringível por lei que não esvazie sua essência. Quando nenhuma lei exerça contenção à sua aplicação, o judiciário deverá, em regra, declarar o direito de concessão especial, a menos que, no caso concreto, isso contrarie interesse público indisponível.

Somente por essa razão é concebível a vedação expressa no artigo 5º da Medida Provisória n. 2.220, que proíbe a concessão especial em diversos casos, cite-se o de imóvel situado sobre bens de uso comum do povo (inciso I), a exemplo também do § 1º do artigo 22-A da Lei n. 9.636, que proíbe a aquisição desse direito sobre imóveis funcionais.

Mesmo antes da vigência desses diplomas normativos, no entanto, deveria o juiz declarar a impossibilidade de aquisição desse direito nos referidos locais, uma vez que o patrimônio público indisponível não pode ser destituído da coletividade, senão com sua devida desafetação.

Assim, apesar de defeso ao juiz suprimir a eficácia de garantia constitucional, há situações em que o interesse público, como norma constitucional principiológica, se aplica em detrimento da concessão de uso especial para fins de moradia.

Por esse motivo, a não aplicação do instituto em prol do interesse público deve ser exceção apenas justificável em situações previstas pela lei ou em que o princípio da supremacia do interesse público seja de aplicação direta.

Com base nesse fundamento, embora implícito, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2009.024516-8, afastou a incidência da concessão especial ao julgar procedente ação de reintegração de posse em faixa de domínio em favor do Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina – DEINFRA/SC, aduzindo que *“se nem mesmo o direito constitucional da propriedade se sobrepõe sobre o interesse público da administração, não será o direito de concessão especial de uso, cujo interesse é meramente particular, que prevalecerá”*. (SANTA CATARINA, 2009)

Apesar do argumento utilizado, o acórdão sequer mencionou o dever de indenizar a parte, a qual, provavelmente faria jus à concessão especial. Nas palavras do relator: *“embora aparentemente satisfeitos os requisitos do art. 1º da MP n. 2.220/01, o Poder Público, titular do domínio sobre o bem, já declarou o imóvel como de utilidade pública, haja vista se encontrar sobre a faixa de domínio da rodovia (sic) SC-438”*. Conforme convicção de Vanêscia Buzelato Prestes, a privação do direito à concessão especial, que só é justificável em face de interesse público preponderante, deve ser indenizada, como qualquer supressão de direito adquirido (2002, p. 847). Acontece que o direito de concessão não foi reconhecido pelo tribunal, em razão da suposta impossibilidade de posse sobre bens públicos<sup>22</sup>, argumento que seria válido desde que explicitado o caráter indisponível do imóvel.

A subjetividade do conceito de interesse público é perigosa, vez que, por vezes, o julgador pode deste se aproveitar para decidir conforme suas convicções. É o que se verifica no julgamento da Apelação Cível nº 2001.70.08.003265-0/PR realizado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em que a Terceira Turma deixa de declarar o direito de concessão especial por duas razões: primeiro, pela localização do imóvel sobre terreno de marinha, que consistiria em bem de uso comum do povo; segundo, porque, na área, haveria risco de desabamento<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Vale transcrever: “Ademais, ‘ao particular não é dado o direito de opor sua posse contra a da Administração, quando se trata de bem público e o seu uso é a título precário, não gerando e nem transferindo direito’ (TJSC – Apelação Cível n.11.760 - Rel Des. Nelson Konrad). No caso dos autos, é incontroverso que o avô do apelante, Sr. Afonso de Oliveira, detinha a autorização para o uso da área, sendo que posteriormente outras casas foram sendo construídas no local, inclusive a residência do aqui recorrente. Logo, a partir do momento em que o Poder Público notificou judicialmente o apelante a desocupar o imóvel (fls. 06-30), a posse deste passou a ser precária, caracterizando-se assim o esbulho possessório.”

A primeira razão é manifestamente equivocada, já que os terrenos de marinha não são bens de uso comum do povo, mas classificam-se entre os bens dominicais da União, de caráter disponível, portanto (DI PIETRO, 2008, p. 675), embora sua propriedade seja intransmissível, vez que atribuída pela Constituição Federal. Tanto é que o *caput* do artigo 22-A da Lei n. 9636, introduzido em 2007 pela Lei n. 11.481, dispõe: “*A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos...*” (sublinhei).

Não menos errônea é a segunda razão, pois, mesmo em área de risco, o direito à concessão deverá ser declarado, caso em que o Poder Público garantirá seu exercício em outro local, nos termos do artigo 4º da Medida Provisória 2.220 de 2001.

Os dois argumentos perpassam o interesse público sobre o particular, no entanto, sem respaldo no ordenamento jurídico.

O interesse público é o único fundamento capaz de justificar a restrição da eficácia do artigo 183 da Constituição Federal, seja pelo legislativo, seja, inclusive, quando utilizado diretamente pelo juiz. Nesse último caso, o julgador deve demonstrar que, à situação, cabe a aplicação direta do interesse público norma principiológica em lugar da concessão de uso especial para fins de moradia. Não se observou tal prudência nos julgados citados, ambos ferindo, portanto, a norma constitucional sob análise.

Constatou-se, neste capítulo, que tanto o legislador federal quanto o judiciário ainda não compreenderam a totalidade do alcance da norma estatuída no artigo 183 da Carta Magna. Ou então seria, mais uma vez, o poder político suprimindo inadvertidamente a juridicidade da norma que favorece mormente a classe oprimida.

---

<sup>2</sup> 23Extraí-se o seguinte trecho: “No mérito, a pretensão de que seja declarado o seu direito de uso de terras de propriedade da União, não prospera. Isto porque a norma o art. 1º da MP nº 2220/01 previu apenas a concessão de uso especial para ‘*imóvel público situado em área urbana*’, afastando, por conseguinte, a possibilidade de tal concessão sobre terreno de marinha, bem da União, classificado como de uso comum do povo. Ou seja, são bens de fruição da coletividade em geral sem qualquer limitação individual. Além disso, a área em questão foi considerada pela Defesa Civil do Paraná como de ‘risco eminente de desabamento’ em vista das ressacas na região (fl.93), razão pela qual já foi determinada a desocupação de toda área de risco.”

### 3. A APLICAÇÃO DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA NA VILA SANTA ROSA NO CONTEXTO DE FLORIANÓPOLIS

O estudo de caso realizado na Vila Santa Rosa buscou conciliar o método de pesquisa quantitativa com alguns elementos típicos da pesquisa qualitativa. Trata-se de um estudo preponderantemente descritivo, uma vez que se propôs a definir genericamente a realidade das habitações na comunidade (RICHARDSON, 1999, p. 80). A partir dessa realidade, pretende-se conhecer a atual importância da concessão de uso especial para fins de moradia, ao menos, para a situação jurídica desta comunidade.

Diz que há elementos qualitativos, pois o presente estudo, além de não se pautar na rigorosa precisão das informações mais objetiva, prestou-se também a compreender, de modo superficial, as causas da situação social existente daquele local. Conforme leciona Roberto Jarry Richardson, o método qualitativo é recomendável a “situações em que observações qualitativas são usadas como indicadores do funcionamento de estruturas sociais” (1999, p. 80).

O autor apresenta as seguintes vantagens do aporte do método qualitativo ao quantitativo, que motivaram a opção da presente pesquisa por essa composição:

No planejamento da pesquisa, a discussão com o grupo que participará da investigação, o uso de entrevistas e a observação podem melhorar a formulação do problema, o levantamento de hipóteses e a determinação da amostra

Na coleta de dados, entrevistas, observações e discussões em grupo podem enriquecer as informações obtidas, particularmente pela profundidade e pelo detalhamento das técnicas qualitativas.

Na análise da informação, as técnicas qualitativas permitem verificar os resultados dos questionários e ampliar as relações descobertas. (RICHARDSON, 1999, p 88)

O estudo na comunidade Vila Santa Rosa tem por objetivo a verificação da aplicabilidade da *concessão de uso especial para fins de moradia* em um caso prático. De nada adianta a existência de uma garantia constitucional se ninguém está apto a recebê-la. Daí a importância de se conferir a possibilidade e o alcance da subsunção do fato social à norma jurídica.

Optou-se pela realização de entrevistas com alguns moradores antigos, bem como aplicação de questionários aleatoriamente. As entrevistas foram realizadas com intuito de conhecer um pouco da história da ocupação, seus desenrolar e as principais mudanças que ocorreram. Os questionários, por sua vez, foram aplicados para se averiguar a relevância da concessão de uso especial a essa comunidade.



A entrevista priorizou o método de pesquisa qualitativa, enquanto o questionário buscou uma coleta de dados mais quantitativa, sem ignorar que tanto um quanto outro combinaram elementos dos dois modelos de pesquisa.

Assim, na data de 14/11/2011, foram realizadas e gravadas entrevistas em três casas e aplicou-se um questionário a nove pessoas de casas diferentes (ANEXO B). Todos os relatos e respostas foram obtidos na presença do atual presidente da Associação de Moradores, o Sr. Abidala, pois, em sua ausência, as pessoas sentiam-se demasiado desconfiadas e temerosas para fornecer informações ao desconhecido autor desta monografia que se apresentava como estudante de direito.

Na entrevista, como se pretendeu de coleta de dados de forma qualitativa, conferiu-se ao entrevistado liberdade para discorrer sobre o tema proposta, com intervenção do entrevistador apenas para estimular a continuação do raciocínio. Dois fatores que, adianta-se, podem ter afetado a qualidade das entrevistas foram a inexperiência do entrevistador e a participação do Sr. Abidala, o que, entretanto, não retira de todo a validade interna da pesquisa (RICHARDSON, 1999, p. 87).

O questionário, assim como a entrevista, foi dirigido aos moradores atuais da Vila Santa Rosa, mas de forma aleatória, ou seja, sem discriminar novos ou antigos moradores, certificando-se, com a primeira pergunta, de que o entrevistado de fato era morador local, e não visitante ou passante. As perguntas formuladas relacionam-se às seguintes variáveis: 1) tempo; 2) modo de aquisição; 3) modo de comprovação; 4) mudança dentro da comunidade; 5) iniciativa para a regularização; 6) oposição; 7) presença do Poder Público; 8) quantidade de pessoas no imóvel; 9) motivo de ter escolhido o local para morar; 10) condição de não-proprietário e não concessionário de outro imóvel; 11) tipo do uso do imóvel; 12) tipo do imóvel; 13) quantidade de residências; 14) extensão do terreno; 15) quantidade de famílias no imóvel; 16) mudanças em geral na comunidade; 17) ciência da qualidade pública do imóvel.

O questionário foi elaborado, portanto, com a finalidade principal de verificar o preenchimento dos requisitos para a obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia.

Na elaboração das perguntas, procurou-se relacionar a situação fática com os requisitos da concessão especial da seguinte maneira: ânimo de habitante - perguntas 2, 3, 7 e 17; área de até 250  $m^2$  - pergunta 14; período de 5 anos - pergunta 1; posse ininterrupta e incontestada - pergunta 6; uso para moradia própria ou da família - pergunta 11; condição de não proprietário nem concessionário de outro imóvel - pergunta 10.

Sabendo-se de antemão que a área onde se localiza a Vila Santa Rosa é urbana e consiste em terreno de marinha, dispensou-se abordar na pesquisa de campo essas variáveis, quais sejam, imóvel situado em área urbana, bem público e a disponibilidade do bem público.

As perguntas 8, 12, 13, 14 e 15 verificam a possibilidade e viabilidade de se obter a concessão especial de forma coletiva.

A repercussão da restrição consistente na data-limite, a qual é considerada inconstitucional por esse trabalho, também pode ser verificada por meio da pergunta 1.

Todas as perguntas auxiliam a compreender a realidade local, mas a pergunta 16 foi elaborada especialmente a esse fim. Tenta-se também entender o motivo da sua irregularidade dos imóveis até o presente por meio das perguntas 5 e 7. As causas da ocupação no local foram indagadas de modo genérico através da pergunta 9.

Reconhece-se que há uma falha no questionário, por não haver nenhuma pergunta que se reporte à obtenção do direito assegurado pelo artigo 183 anteriormente. Note-se que, por força do § 2º esse direito só poderá ser adquirido uma vez, seja por meio da concessão de uso especial para fins de moradia ou pela usucapião especial urbana. A despeito disso, acredita-se ser a interferência de tal falha irrelevante aos resultados da pesquisa, vez que os moradores da comunidade dificilmente se enquadrariam nos demais requisitos do artigo 183 pela segunda vez desde a vigência da Constituição de 1988.

Além disso, pretende-se detectar a influência que teria a exegese desenvolvida nos dois primeiros capítulos deste trabalho no processo de regularização fundiária a ser realizado na Vila Santa Rosa.

Como se vê, este trabalho não se propôs à realização de uma pesquisa ampla e extensa, de modo a auferir, com precisão, dados e estatísticas que compusessem os fatores de habitação da Vila Santa Rosa. A pretensão aqui é apenas verificar, de maneira geral, a possibilidade de os moradores dessa comunidade obterem os benefícios da concessão de uso especial para fins de moradia, bem como conhecer um pouco de sua realidade, sua história e das causas de situação fundiária irregular. Sendo o assentamento irregular em área pública fato comum a várias cidades brasileiras, espera-se que este estudo possa auxiliar a compreensão jurídica dos acontecimentos ocorridos em outros locais.

## 1. O estudo de caso na comunidade Vila Santa Rosa no contexto da cidade de Florianópolis

Informa a dissertação de Marliange da Silva que o município de Florianópolis no ano de 1980 contava com 187 mil habitantes, passando em 2005 para 390 mil, segundo estimativa do IBGE de 2007, representando uma taxa de crescimento populacional de 3,04% (2008, p. 29). A maior parte deste crescimento se deveu ao fenômeno migratório acentuado sobretudo nas últimas quatro décadas (2008, p. 31).

O primeiro levantamento realizado pelo Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis (IPUF) em 1987 identificou 40 áreas de assentamentos irregulares, sendo 21 na Ilha e 19 no Continente, com população estimada em 30.561 habitantes de um total de 232.226 que habitava a cidade. (SILVA, 2008, p. 29) A maioria dos habitantes destas áreas é original do Oeste Catarinense e do Planalto Serrano. (SILVA, 2008, p. 31) Corroboram com essa informação os dados do Censo 2010 divulgado pelo IBGE, segundo qual o Brasil já tem 84% de sua população vivendo no meio urbano, sendo a mesma porcentagem de habitantes encontrada na zona urbana do Estado de Santa Catarina<sup>24</sup>.

De acordo com a Secretaria Municipal de Saneamento e Habitação de Florianópolis, em 2007 havia 64 assentamentos precários neste município, habitados por aproximadamente 52 mil pessoas, correspondendo a cerca de 13% do total da população da cidade (SILVA, 2008, p. 33). Note-se que o contingente populacional das regiões de habitação precária teve crescimento proporcional à população total, o que reforça a hipótese da fragilidade das políticas habitacionais nas últimas décadas.

Estes assentamentos situam-se em locais onde o mercado e as classes sociais mais abastadas não ousam instalar-se, como em “*franjas de manguezais, nas dunas, nas encostas dos morros, nas áreas sujeitas às inundações, no fundo de vales, nas áreas de preservação de mananciais*”, além de ocuparem áreas de domínio público ou privado. (SILVA, 2008, p. 36)

Desde 1937, com a criação das carteiras prediais dos IAPs e, posteriormente, a instituição do BNH em 1964, o poder público passou a atuar de modo ativo, embora insuficiente, cabendo, nesse segundo momento, às Companhias de Habitação (COHAB) o agenciamento de obras para a construção de habitações populares (SILVA, 2008, p. 41).

---

<sup>24</sup>Disponível em:  
[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabelas\\_pdf/tab1.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/indicadores_sociais_municipais/tabelas_pdf/tab1.pdf) (acesso em 29/11/2011).

Em 1986, extingue-se o BNH, transferindo suas competências à Caixa Econômica Federal. Esta, no entanto, não tem propriamente vocação para o financiamento de habitação para a população de baixa renda, uma vez que possui algumas características de institucionais de um banco comercial, tais como a busca de equilíbrio financeiro e retorno do capital aplicado (SILVA, 2008, p. 42). Desde então, as políticas nacionais de habitação, que já antes não eram suficientes, diminuíram sua intensidade, passando a cuidar muito mais da regularização fundiária do que propriamente da construção de habitações.

As dificuldades em se conseguir sustentar a moradia de maneira regular nas cidades fazem com que a população de baixa renda ocupe as áreas irregulares, quais sejam as encostas de morros, áreas de proteção ambiental, terrenos vazios públicos ou particulares e áreas públicas, como os terrenos de marinha. Conforme conclui Marcelo Eibs Cafrune, referindo-se à cidade de Florianópolis, “*restam áreas em que há baixo interesse econômico ou em que há proibição para construir*” (2009, p. 63).

O litoral catarinense, onde se encontra concentração considerável de habitantes, possui extensa faixa de áreas públicas ocupadas, sobretudo as de terrenos de marinha e seus acrescidos. No município de Florianópolis, há três áreas da União onde, reconhecidamente, comunidades foram estabelecidas: a Panaia; a Vila Santa Rosa e a Ponta do Leal. A ocupação da Panaia, cujo nome se refere à extinta companhia de aviação Panair, antiga proprietária da área, já foi regularizada, inclusive com a transmissão da propriedade dos terrenos aos moradores. As duas últimas áreas, ambas situadas sobre terrenos de marinha, foram declaradas de interesse social, tendo a União concordado em realizar sua regularização.

Embora classificados entre os bens dominicais, a propriedade dos terrenos de marinha não pode ser transmitida, uma vez que decorre do texto constitucional (art. 20, VII). Assim, tanto a Vila Santa Rosa como a Ponta do Leal continuarão a pertencer à União, que respeitará a presença dos seus moradores, nos termos da lei.

Vale citar também a comunidade Chico Mendes, assentada no bairro Monte Cristo, na parte continental da cidade, que nasceu da ocupação de uma área do Estado de Santa Catarina, hoje pertencente ao Município de Florianópolis.

Ante a relevância da questão para a cidade, decidiu-se realizar uma pesquisa social na comunidade da Vila Santa Rosa, que atualmente, junto com a comunidade da Ponta do Leal, se prepara ter sua situação fundiária regularizada por processo de iniciativa da Secretaria do Patrimônio da União, da Prefeitura de Florianópolis e da Caixa Econômica

Federal, tendo sido declarada como área de interesse social para fins de regularização fundiária pela Portaria n. 170 da Secretaria do Patrimônio da União<sup>25</sup> (BRASIL, 2010).

A Vila Santa Rosa é localizada no bairro Agrônômica, próxima à Avenida Beira Mar Norte, em Florianópolis. A comunidade está prevista no Anteprojeto do Plano Diretor de Florianópolis, anexo H, mapa 5, como ZEIS 1, que a redação do anteprojeto define da seguinte maneira em seu artigo 210, I: “os assentamentos ocupados espontaneamente por população de baixa renda em áreas públicas ou privadas onde não há restrição legal ou técnica a urbanização, destinadas, prioritariamente, a ações de regularização fundiária.” (FLORIANÓPOLIS).

O fato de grande parte da comunidade possuir potencial enquadramento nos requisitos da *concessão de uso especial para fins de moradia* influi diretamente no tipo de regularização fundiária que poderá receber, que, nesse caso, conforme o artigo 212 do Anteprojeto do Plano Diretor de Florianópolis, será rotulada como de *interesse social* a exemplo do que ocorre quando o imóvel está situado em Zona Especial de Interesse Social ou quando se tratar de área declarada pelo poder público como de interesse social para fins de regularização fundiária<sup>26</sup> (FLORIANÓPOLIS). A Vila Santa Rosa possui, concomitantemente, todas essas características, inserindo-se no regime jurídico especial conferido pelo Município de Florianópolis.

Além disso, essa comunidade é cotada ainda como área para fazer parte do Projeto Orla, um convênio oferecido pela União a diversos municípios por todo país, sobretudo onde há terrenos de marinha, inclusive Florianópolis, cuja aderência ainda está pendente, muito embora já encontre previsão no artigo 147 do Anteprojeto do Plano Diretor<sup>27</sup> (FLORIANÓPOLIS).

<sup>25</sup> 25A Secretaria do Patrimônio da União [...] resolve: Art. 1º Declarar de interesse do serviço público, para fins de provisão habitacional de interesse social, urbanização e regularização fundiária, no âmbito da Ação dos Programas de Habitação de Interesse Social, os imóveis da União abaixo descritos: [...] II - Imóvel 02 - Rua XV de Novembro, s/n, Bairro Balneário do Estreito - Ponta do Leal, no Município de Florianópolis/SC, terrenos de marinha, com área de 2.718,91m<sup>2</sup>. Processo nº: 04972.000987/2010-14; III - Imóvel 03 - Travessa Nossa Senhora de Lourdes, s/n, Bairro Agrônômica - Vila Santa Rosa, no Município de Florianópolis/SC, terrenos de marinha de 9.209,68m<sup>2</sup>. Processo nº: 04972.002043/2010-73 [...]. (sublinhei)

<sup>26</sup> 26“Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos considera-se: III - regularização fundiária de interesse social: regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos: a) em que tenham sido preenchidos os requisitos para usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia; b) de imóveis situados em ZEIS; ou c) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social [...]”

A partir das entrevistas realizadas, constatou-se que a ocupação do local hoje conhecido por Vila Santa Rosa teve início na década de 1980. Nessa época, a área era coberta por vegetação de mangue, o que corroborou para a ocupação irregular da área. De fato, o mangue não é local propício para a construção civil, o que dificulta o loteamento e a urbanização nessas áreas.

Isso e o fato de se tratar, em parte, de terreno de marinha, insuscetível de apropriação por particulares, certamente contribuíram para a ocupação da área por pessoas de baixa renda provenientes do grande movimento migratório que ocorria nesta época em Santa Catarina, do interior para as cidades litorâneas.

O poder público não se deu ao trabalho de conter a ocupação irregular, principalmente nos morros e nas outras áreas de pouco interesse do capital imobiliário.<sup>28</sup>

Com a expansão das normas de direito ambiental, ademais, os manguezais passaram a ser protegidos, de forma a inviabilizar construções regulares, isto é, autorizadas pelo Poder Público municipal sobre essa vegetação.

Todos esses fatores, quais sejam, a má qualidade do solo à construção civil, o domínio público de parte da área e a crescente proteção ambiental, foram questões que contribuíram para que a área fosse mantida vazia até a ocupação que se transformou na comunidade da Vila Santa Rosa. Numa conjuntura de crescimento desordenado da cidade de Florianópolis, ante o grande déficit habitacional, não se via outra opção a não ser o aproveitamento das áreas rejeitadas pelo mercado imobiliário formal.

No questionário 3, por exemplo, confirma-se que o terreno no local era barato (resposta à pergunta 9).

Curioso notar que muitas das pessoas que construíram a Vila, talvez a maioria, não foram ocupantes originários, mas adquiriram a posse do terreno comprando-o de outra pessoa. Conforme se depreende dos relatos da Senhora Elenite e do Sr. Abidala, foram cerca de três pessoas que tomaram posse de toda a área, dividiram os lotes e venderam<sup>29</sup>.

<sup>2</sup> 27“As Áreas do Projeto Orla (APO) deverão respeitar os seguintes objetivos: [...] III - promover ações prioritárias de regularização fundiária nas áreas da União através da celebração de convênio entre o Município e a Secretaria do Patrimônio da União – SPU no sentido de garantir a segurança jurídica da posse e melhorar as condições de habitabilidade e de infra-estrutura dos moradores destas áreas.”

<sup>2</sup> 28Por ocasião da defesa dessa monografia, o Professor Dr. Luís Fugazzola Pimenta, membro da banca examinadora, observou que, segundo relatos encontrados na literatura, era comum o poder público, além da omissão, enviar de modo extraoficial um representante para indicar ou até mesmo conduzir as pessoas sem lar para se instalarem em determinado local irregular, numa espécie de acordo informal, com o intuito de evitar revoltas e esconder o problema embaixo do tapete.

<sup>2</sup> 29Entrevista concedida ao autor em 14 de novembro de 2011.

Destarte, criou-se um verdadeiro mercado informal de lotes. É interessante que os moradores que compraram seus terrenos carregam um sentimento de legitimidade de suas posses, em que pesem a irregularidade da ocupação originária e a carência de registro imobiliário. Percebe-se um forte sentimento de propriedade.

As primeiras habitações estabelecidas consistiam em barracas cobertas por lona ou por madeira. O solo manteve suas características de mangue até, aos poucos, ser completamente aterrado. No início, os moradores revestiam suas pernas com sacolas para atravessar o lodo sem molhar as pernas.

Naturalmente, não havia rede elétrica, água encanada ou esgoto fornecidos pelo município, nem o serviço de correio atendia a comunidade, conforme relatam a Dona Elenite e o Senhor Abidala, moradores da Vila Santa Rosa há mais de vinte anos.<sup>30</sup>

Com o tempo, os aterros foram viabilizando as construções em alvenaria. Segundo conta o Sr. Abidala, durante a prefeitura de Sérgio Grandó (1992-1996) foi feito o calçamento e o esgoto.

E ficou assim, na época do Amin, do fulano, do siclano, até chegar a Prefeitura do Sérgio Grandó. Quando chegou o Prefeito Sérgio Grandó, daí, ele começou a visitar as comunidades. Visitou o Morro do Quilombo, o Morro do Horácio, o Morro do Vinte e Cinco, veio aqui pra Vila Santa Rosa, e começou a trazer um, como se diz, um mutirão. Um mutirão em parceria com as comunidades, com os moradores. Ó, eu dou as lajotas, eu dou a tubulação, e vocês ajudam a trazer, vão lá no caminhão, ajudam a trazer. Chega aqui, nós vamos fazer uma vaquinha com os moradores pra pagar, né, o pessoal que vai jogar areia, que vai... Vocês vão ajudar eles. Além de pagar vocês vão ter que ajudar. Aí concordamos e todo mundo pagou.<sup>31</sup>

A Vila passou, portanto, por um processo de urbanização que melhorou as condições de moradia de seus habitantes. No entanto, ainda remanesce, pelo menos, um sério problema de esgoto, conforme declararam os moradores Abidala, Elenite, João e Ana.<sup>32</sup> Nas palavras do Senhor Abidala: *“Quando tem uns dois, três dias de chuva, nós andava de barco lá, andava de barco. No meio da rua assim.”*

Até hoje, entretanto, a maioria dos imóveis da Vila Santa Rosa não possui registro regular, conforme se depreende das respostas dadas às perguntas 3 e 5 do questionário. Em função disso, no início de 2011, a Secretaria do Patrimônio da União em

<sup>30</sup> Entrevista concedida ao autor em 14 de novembro de 2011.

<sup>31</sup> Entrevista concedida ao autor em 14 de novembro de 2011.

<sup>32</sup> Entrevistas concedidas ao autor em 14 de novembro de 2011.

Santa Catarina começou um projeto de regularização fundiária na comunidade, bem como na comunidade da Ponta do Leal, também situada no município de Florianópolis, mas na parte continental, outra que se encontra em situação semelhante, da qual não trataremos neste trabalho.

Os moradores que preenchem os requisitos da Medida Provisória n. 2.220 terão seus imóveis registrados em regime de *concessão de uso especial para fins de moradia*. Àqueles que não se enquadrarem nesse regime, será conferida a *concessão de direito real de uso*, outro instrumento do Estatuto da Cidade, mas que difere essencialmente do primeiro por depender da decisão discricionária da administração pública, consoante dito no segundo capítulo.

A Vila Santa Rosa e a Ponta do Leal são as primeiras experiências de regularização fundiária em área pública na cidade de Florianópolis a utilizar a *concessão de uso especial para fins de moradia*. O único processo de regularização fundiária em área pública concluído em Florianópolis até hoje acabou por transferir a propriedade dos bens aos moradores, o qual se realizou na comunidade da Panaia, fato já referido no item anterior.

## 2. **A concessão de uso especial para fins de moradia na Vila Santa Rosa**

Pelas respostas obtidas no questionário, apesar da imprecisão das informações prestadas e de sua duvidosa veracidade, percebe-se que a maioria dos participantes teria adquirido o direito à *concessão de uso especial para fins de moradia*.

Parte considerável dos participantes cumpriu com todos os requisitos da Medida Provisória n. 2.220 de 2001.

Pelas respostas obtidas nas perguntas 2 e 17, todos possuem o ânimo adequado à aquisição do título. Nota-se, contudo, que há imóveis alugados por particulares (questionário 8, resposta à pergunta 11), caso em que o locatário não tem ânimo para adquirir o imóvel.

A extensão dos terrenos de todos os participantes também permite a concessão. Mesmo o terreno de cerca de 288  $m^2$  (questionário 8, resposta à pergunta 14), se enquadra no requisito da norma, mas na forma coletiva autorizada pelo artigo 2º da Medida Provisória 2.220, uma vez que quatro famílias diferentes habitam o imóvel.

O requisito do uso para a moradia, também comparado a um encargo no capítulo segundo, é cumprido por todos os participantes da pesquisa, exceto em relação àqueles imóveis alugados (questionário 8, resposta à pergunta 11), em relação aos quais o locador não terá adquirido nenhum direito real.



Todavia, verifica-se que, em função da data-limite estipulada pela referida norma, alguns não teriam preenchido o requisito do tempo mínimo de cinco anos (questionários 4 e 5). Caso a fixação de data-limite seja considerada inconstitucional, como defendido nesse trabalho, todos os participantes o teriam cumprido. Retira-se, daí, a importância prática da questão.

Caso peculiar é o da família que respondeu ao questionário 4, uma vez se mudaram para a Vila Santa Rosa em 1989, quando ocupavam outro imóvel. Em relação a este antigo imóvel, teriam eles adquirido a concessão especial, caso cumprisse ou demais requisitos. Entretanto, como se mudaram no ano 2000 a imóvel da mesma vizinhança, só teriam direito se o alienante desse imóvel já o tivesse adquirido. Pergunta-se se a família haveria deixado o primeiro imóvel se soubesse a desvantagem jurídica que isso lhe poderia causar. Isso, é claro, considerando-se a data-limite imposta pelo ato normativo, o qual, conforme defendido, é inconstitucional.

A somatória da posse com a anterior não seria para essas famílias uma possibilidade, já que, pela leitura do § 1º do art. 2º da Medida Provisória n. 2.220, só se aventa essa possibilidade quando se trata da concessão especial na modalidade coletiva prevista nesse artigo.

Tem-se que algumas famílias da Vila não poderiam somar sua posse com a do antecessor, já que para efeito de concessão a título individual isso não seria permitido. Essa disposição parece incoerente diante do fato de o art. 7º da medida provisória autorizar a transferência da concessão de uso especial. Ora, não se pode somar o tempo de posse para fins de obtenção desse direito; entretanto, uma vez obtido, o adquirente do imóvel que nunca antes ali morou, imediatamente, a ele faz jus. São contraditórias as duas situações.

Imagine-se um possuidor que adquira a posse do imóvel de outro que ali esteja há quatro anos. Passado um ano de sua posse, o adquirente não terá obtido a concessão de uso especial, uma vez que o prazo começaria a correr novamente. Por outro lado, se o primeiro possuidor estivesse no terreno já há cinco anos, o comprador imediatamente teria adquirido o direito à concessão.

Outra complicação é verificada nas respostas à pergunta 10 do questionário, pela existência de moradores que são proprietários de outros imóveis, motivo pelo qual não fariam jus à *concessão de uso especial para fins de moradia*, ao menos enquanto essa condição persista, conforme tratado no segundo capítulo (questionários 5 e 9).

Tal condição advém do próprio texto constitucional (art. 183), com a finalidade de conferir este direito apenas àqueles que não possuem outra opção para

estabelecer sua moradia. No mesmo sentido, a Medida Provisória n. 2.220 elencou em seu art. 8º, II, a aquisição da propriedade ou concessão de uso de outro imóvel como causa de extinção do referido direito.

Na prática, entretanto, tais disposições podem implicar problemas jurídicos.

A começar, questiona-se se a condição de coproprietário ilidiria o direito à concessão de uso especial para fins de moradia. Pode haver casos em que se é proprietário de 90%, 50% e até de 10% de um imóvel. Nesses casos, nem sempre o coproprietário está autorizado a habitar no imóvel. Além disso, a depender do valor, a venda da quota de propriedade pode não tornar possível a aquisição de outra habitação. Mesmo assim não haveria direito à concessão de uso especial?

Outra hipótese que merece análise é a de o concessionário herdar parte de um imóvel, fato semelhante ao ocorrido com uma das participantes, que adquiriu por meação imóvel situado em Biguaçu (questionário 9). Supondo que esse imóvel se localize em cidade distante da moradia atual do herdeiro, e que não haja interesse, ou ainda, por qualquer motivo, possibilidade de este habitar o imóvel, tudo isso combinado com irrisório valor da quota do imóvel. Ora, isso faria com que o direito à concessão de uso especial fosse imediatamente extinto, nos termos do art. 8º, II, do ato normativo?

Observa-se, assim, que a aplicação da norma no sentido literal, desconsiderando esses fatores, poderia contrariar sua finalidade. O interprete da lei, tanto o juiz quanto o administrador, devem ater-se a essas especificidades para evitar o desvio do fim a que se presta o instituto.

Interessante notar que, no caso de a pessoa proprietária de imóvel preencher os demais requisitos à concessão, mas que ainda não a requereu, a simples alienação do imóvel faz com que automaticamente se adquira esse direito. Isso pode acarretar desvio à finalidade do instituto, já que abre a possibilidade de concessão especial inclusive àqueles que possuam condição financeira para morar em imóvel particular.

E, por outro lado, uma vez extinto o direito pela aquisição de outro imóvel, o concessionário não poderá obtê-lo novamente, por força do disposto no artigo 183, § 2º, da Constituição Federal. Essa situação também pode contrariar o escopo do instituto, uma vez que, como mencionado, a aquisição outro imóvel pode ser involuntária, por herança, e de pequena quota do bem, inviabilizando a moradia do concessionário quer no imóvel adquirido, quer no concedido.

Ante o exposto, ao que indicam as informações obtidas, a maioria dos moradores da Vila Santa Rosa Fazem jus à concessão de uso especial para fins de moradia.

Entretanto, a questão da validade da data-limite imposta pela MP 2.220/01 é decisiva para parte dos moradores, que dependeriam da declaração de inconstitucionalidade dessa norma, consoante defendido no item 2.2.3 deste trabalho, para ter seu direito à concessão especial reconhecido. Observa-se ainda a incongruência entre a impossibilidade de somar o tempo de posse com o do antecessor e a permissão para transferência desse direito sem a exigência de quaisquer condições para efetuar-la. Outrossim, prevê-se a dupla face da condição extintiva consistente na aquisição de outro imóvel. Se por um lado ela visa à preservação da finalidade do instituto, por outro, conforme as considerações tecidas, ela pode provocar consequência diametralmente oposta.

Em virtude dessas situações imprevisíveis ao legislador, a garantia apregoada no artigo 183 da Constituição Federal deve ser interpretada sempre à luz do direito fundamental à moradia, evitando-se, assim, a deturpação de seu fim social, com vista, no caso em questão, a preservar os direitos dos moradores da Vila Santa Rosa.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, pôde ser demonstrada a juridicidade do direito à moradia como norma programática conquistada ao longo do século XX, a exemplo dos demais direitos sociais. Mesmo declarado de forma genérica pela Constituição, esse direito é capaz de revogar todas as normas anteriores que disponham em contrário e de invalidar normas posteriores que o suprimam. Além de ainda servir de base para a interpretação e a aplicação da lei, o direito à moradia, em determinados casos, pode até gerar direitos subjetivos. Se, na prática, não se percebem seus efeitos, o empecilho é político e não mais jurídico.

A fim de concretizar o direito à moradia no ambiente urbano, a Constituição Federal de 1988 consignou em seu artigo 183 uma importante garantia institucional, que produz efeitos, inclusive, em relação a imóveis públicos, gerando direito subjetivo, com a concessão de uso especial para fins de moradia. Viu-se ainda que esse novo instituto gera ao concessionário o encargo de se manter a destinação do imóvel para sua moradia e de sua família, possuindo, também, caráter condicional, ao que o direito dele decorrente pode ser extinto no caso de aquisição de outro imóvel.

Conforme o exposto no segundo capítulo, essa garantia prescinde de norma regulamentadora, sendo, portanto, autoaplicável em sua plena eficácia. No entanto, pode ela ser restringida por lei ou decisão judicial fundamentados em interesse público prevalecente, de modo a tornar contida a sua eficácia, sem nunca exaurir sua essência, qual seja, a proteção do direito à moradia em situações consolidadas sobre imóveis públicos.

Ficou demonstrado que a eficácia da concessão especial possui natureza declaratória, muito embora tenham sido citados julgados e doutrina que defendiam a natureza constitutiva do instituto.

Com respeito ao reconhecimento da concessão especial, a exigência de requerimento administrativo anterior ao acionamento da via judicial não fere o instituto, ressalvada a faculdade de se acionar diretamente o judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por outro lado, destaca-se na Medida Provisória n. 2.220 de 2001 a imposição de data-limite, que manifestamente suprime a eficácia da garantia constitucional, limitando-a ao passado, o que é absolutamente inconstitucional. Essa questão influi diretamente no processo de regularização fundiária que se dará na Vila Santa Rosa, uma vez que o direito de alguns moradores será antijuridicamente negado se a restrição temporal for observada.

Juridicamente acertada é a vedação da obtenção desse direito sobre imóveis localizados em bens de uso comum do povo e bens de uso especial, como os imóveis funcionais, enquanto estes não sofrerem desafetação por procedimento legítimo. Havendo a desafetação, o artigo 183 passa a ter aplicação sobre a área.

Ademais, concluiu-se que o instituto equivale a usucapião de uso, excetuando a vedação à aquisição de direitos sobre bens públicos por esta modalidade. Por essa razão, é necessária a existência de *animus* de usuário para a obtenção desse direito, o qual pode ser elidido por contrato firmado com a administração.

Além disso, excepcionalmente, o judiciário pode deixar de aplicar este direito quando o interesse público manifestamente se sobreponha, inviabilizando-o completamente.

No processo de regularização fundiária a ser empreendido na Vila Santa Rosa, o administrador deverá observar caso a caso com cautela, de modo que não seja ferido o direito fundamental à moradia, tampouco negada a aplicação da garantia estabelecida pelo artigo 183 da Constituição Federal.

Do contrário, os moradores lesados poderão acionar o judiciário, que, conforme analisado, ainda não manifestou total compreensão acerca da dimensão do instituto.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª edição. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

AFONSO DA SILVA, José. Direito Urbanístico Brasileiro. 6ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010.

ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BENEVOLO, Leonardo. História da arquitetura moderna. São Paulo: Perspectiva, 1998.

BENEVOLO, Leonardo. História da cidade. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 13ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª edição. São Paulo, Malheiros, 2008.

BONDUKI, Nabil Georges. Origens da habitação social no Brasil. Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Vol. XXIX (nº 127), 1994 (3º), p. 711-732.

BRASIL. Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Banco Bradesco e Luciano Cardoso Santos. 13 de dezembro de 2008. Relator: Cezar Peluso. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> (acesso em 08/12/2011).

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Portaria n. 170, de 18 de junho de 2010. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> (acesso em 30/11/2011).

CAFRUNE, Marcelo Eibs. Pluralismo Jurídico e Acesso à Cidade: o planejamento urbano e a resistência em Florianópolis. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009.

CRANSTON, Maurice. O que são direitos Humanos? Difel: São Paulo - Rio de Janeiro, 1979.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. Revista de Processo, v. 161, p. 9-20, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo. 21ª edição. Editora Atlas: São Paulo, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Liminares na ações possessórias. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FLORIANÓPOLIS (Município). Anteprojeto de Lei Plano Diretor Desenvolvimento Sustentável de Florianópolis. Disponível em <http://www.pmf.sc.gov.br/entidades/ipuf/?cms=etapa+conclusiva+pdp> (acesso em 09/12/2011).

GOITIA, Fernando Chueca. Breve história do urbanismo. Editorial Presença: Lisboa, 1982.

GOMES, Vladimir Mourão Guimarães e. Da concessão de direito real de uso. Revista Zênite. Ano III nº 30, janeiro de 2004. p. 652-657.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. Da Propriedade Resolúvel. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

GUERRAND, Roger-Henri. *In* História da vida privada, 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Org. Michelle Perrot. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LASALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição? eBookLibris, 2006. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html> em 06/12/2011.

LIMA, Marcio Kammer de. Usucapião coletivo e desapropriação judicial: instrumentos de atuação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. Revista da Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, ns. 6 e 7, 1998-9.

PILATI, José Isaac. Propriedade e função social na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. A Concessão Especial para Fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. Uma Exegese da MP Nº 2.220 de 04 de Setembro de 2001. In Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU. Ano 1, n. 1, jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião: volume 1. Editora Saraiva. 3ª Edição. São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. Tratado de Usucapião: volume 2. Editora Saraiva. 3ª Edição. São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. Tratado de Usucapião: volume 2. Editora Saraiva. 7ª Edição. São Paulo, 2010.

RICHARDSON, Roberto Jarry. Pesquisa social: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.

RIO GRANDE DE SUL (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível nº 2004.72.04.002763-6. Iracema Bortoluzzi Tasso e União. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 06 de março de 2008a. Disponível em <http://www.trf4.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. Apelação Cível nº. 2001.04.01.065530-3. Instituto Nacional de Seguro Social e Waldir Neves. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. 08 de setembro de 2008b. Disponível em <http://www.trf4.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível nº 2001.70.08.003265-0. Alaides Rech Paulino e União. Relatora: Maria Lúcia Luz Leiria. 04 de novembro de 2009. Disponível em <http://www.trf4.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Terceira Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2002.021591-6. Luiz Carlos Verzola e Estado de Santa Catarina. Relator: Sônia Maria Schmtz. 22 de agosto de 2003. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 2005.032953-4. Jackson Douglas Dorner e Município de Joinville. Relator: Jaime Ramos. 28 de março de 2006. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br> (acesso em 08/12/2011).



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 2009.024516-8. Lindomar Antunes Bianchini e Departamento Estadual de Infraestrutura. Relator: Cid Goulart. 03 de novembro de 2009. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 2007.044621-4. Município de Santa Cecília e Odete Maria Rodrigues da Silva. Relator: Rodrigo Collaço. 25 de julho de 2011. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 0111129-70.2008,8.26.0053. Pedro Alves da Silva e Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Burza Neto. 11 de maio de 2011. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br> (acesso em 08/12/2011).

SILVA, Marliange da. *A experiência do programa Habitar Brasil BID – Região Chico Mendes: uma análise da participação social*. Florianópolis, Dissertação de Mestrado junto ao Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## **ANEXOS**

### **ANEXO A - Planta**



## **ANEXO B - Questionários**