

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



FERNANDA FÁBREGAS FERREIRA

**A concessão de uso especial para fins de moradia na ordem jurídica brasileira: A
Medida Provisória 2.220 a partir de uma análise constitucional**

Rio de Janeiro, maio de 2011.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



FERNANDA FÁBREGAS FERREIRA

**A concessão de uso especial para fins de moradia na ordem jurídica brasileira: A
Medida Provisória 2.220 a partir de uma análise constitucional**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Professor José Augusto Garcia de Sousa apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, maio de 2011.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**A concessão de uso especial para fins de moradia na ordem jurídica brasileira: A
Medida Provisória 2.220 a partir de uma análise constitucional**

Elaborado por FERNANDA FÁBREGAS FERREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: José Augusto Garcia de Sousa

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota final:

Rio de Janeiro, ____ de junho de 2011.

Dedico este trabalho, com todo o meu amor, aos meus pais e à minha irmã, pela torcida incansável pelo meu sucesso e pelo amor imensurável, que me fortalece diariamente.

Ao Fernando, razão da minha felicidade, por tudo o que representa em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, meus guias e mestres, por toda a formação acadêmica que me proporcionaram e pela estrutura incondicional em todas as horas;

Ao Fernando, agradeço por todo o apoio, carinho e companheirismo sempre presentes em nosso cotidiano;

À minha amada família e aos meus queridos amigos, especialmente Artur Lourenço e Raphaella Ayres, que estimularam a elaboração deste trabalho, os meus mais sinceros agradecimentos;

Ao Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, principalmente às Defensoras Roberta Fraenkel e Adriana Britto, sou bastante grata pela exposição dos casos relacionados com o tema e pelo fornecimento do rico material;

Aos tutores da Fundação Getúlio Vargas, agradeço por todo o suporte, quer em relação ao conteúdo quer em relação ao aspecto formal, imprescindível para a elaboração deste trabalho;

Ao meu professor e orientador, José Augusto Garcia de Sousa, a quem eu muito admiro, agradeço imensamente pela condução, sempre atenciosa e enriquecedora, desta monografia.

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a posse dos bens públicos, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, com destaque para o princípio da função social da propriedade. A tese deste estudo se pautou na afirmativa de que a partir do surgimento da concessão de uso especial para fins de moradia, instituída pela Medida Provisória 2.220 para regulamentar o artigo 183, § 1º da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade, antes sobrelevada nos litígios envolvendo a posse dos bens públicos, passou a ser discutida no âmbito dos tribunais. Para a comprovação da referida tese, analisou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões do país e dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul. Feita esta análise, foi possível comprovar a tese defendida. Com o intuito de garantir a máxima eficácia ao princípio da função social da propriedade, defendeu-se a não delimitação temporal imposta pela MP 2.220, tendo por base quatro argumentos de índole constitucional, sendo eles, a observância da força normativa da Constituição, a aplicação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, o respeito ao princípio da igualdade e, por fim, o princípio da supremacia da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Posse. Bem público. Moradia. Concessão de uso especial para fins de moradia. Função social.

ABSTRACT

This paper aims at exploring the private ownership of public property under the perspective of neo-constitutionalism, focusing on the social functions of property. The core of this paper is the statement that preaches that as from the “concession of special use for housing” – which was established by the Provisional Executive Order 2.220 which rules Article 183 of the Brazilian Constitution, in its 1st paragraph – its social function, which once was overlooked in litigation concerning public property, is now argued in court. This paper is written based on the analysis of jurisprudence all five Brazilian federal jurisdictions, the Superior Federal Court, as all well as courts in Rio de Janeiro and Rio Grande do Sul. Once this analysis was concluded, the core of the thesis herein described could be attested. So as to ensure maximum efficiency in the social function of ownership, this study defends the disregard of the principle of temporal restriction imposed by the PEO 2.220, having grounds on four arguments of constitutional principle: the observance of constitutional normative power, the application of Human Rights international treaties, the respect to the principle of equality and, at last, the principle of constitutional supremacy.

KEY-WORDS: Ownership. Public Property. Housing. Special concession for housing purposes. Social function.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AC - Apelação Cível

AI - Agravo de Instrumento

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

DJ - Diário de Justiça

Des.(a) - Desembargador (a)

MC - Medida Cautelar

Min.- Ministro

MP - Medida Provisória

MS - Mandado de Segurança

Rel.- Relator

REO - Remessa *ex officio*

REsp - Recurso Especial

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. BREVE ANÁLISE ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO	12
1.1. Aspectos Gerais.....	12
1.2. A importância da posse como garantia do direito social à moradia no novo panorama constitucional.....	13
2. A SITUAÇÃO URBANA NO BRASIL	17
2.1. O processo de urbanização: considerações iniciais	17
2.2. Contextualizando o surgimento da Medida Provisória 2.220	18
2.3. A evolução da legislação urbana brasileira.....	18
2.4. O papel do Direito na aplicação da legislação urbanística	22
3. NOÇÕES GERAIS SOBRE A POSSE	25
3.1. O conceito de posse na teoria de Savigny	25
3.2. O conceito de posse na teoria de Ihering.....	26
3.3. A relação entre posse e propriedade.....	27
3.4. A função social: da posse ou da propriedade?	29
3.5. A posse dos bens públicos	32
4. A MEDIDA PROVISÓRIA 2.220: CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA	37
4.1. Da equívoca alegação de inconstitucionalidade da MP 2.220/01	40
5. ANÁLISE CASUÍSTICA E TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL	43
5.1. Caso: Assistidos da Defensoria X Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro (Ação Ordinária para Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia nº. 0040517-93.2010.8.19.0001).....	43
5.2. A evolução da jurisprudência.....	45
5.3. Chance de êxito do caso selecionado	51
6. O RETROCESSO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220	52
6.1. A observância da força normativa da Constituição	52
6.2. A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	55
6.3. O respeito ao princípio da igualdade	57
6.4. O princípio da supremacia da Constituição.....	58
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da posse dos bens públicos a partir de uma perspectiva constitucional, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo e do reconhecimento da real efetividade das normas constitucionais. Dentro desta perspectiva, os direitos sociais são relidos e se convertem em direitos subjetivos com tutela jurisdicional específica.

A posse foi escolhida como objeto desse estudo, pois seu reconhecimento concretiza o direito à moradia presente no artigo 6º da Constituição Federal. O tema, relacionado estritamente aos bens públicos, se justifica pela objeção, por parte do Poder Judiciário, à tutela possessória nos mesmos, principalmente pela impossibilidade de usucapião, disposta no art.183, § 3º da Carta Superior.

Neste diapasão, insta avaliar o instrumento que surgiu para dispor sobre a concessão de uso especial de que trata o art. 183, § 1º da Magna Carta e garantir a posse utilizada para moradia nos bens públicos. O ano de 2001 foi marcado, então, pelo surgimento da concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220). A partir da criação deste instituto, a posse nos bens públicos passou a ser revista sob o viés da função social da propriedade, antes sobrelevada nos litígios envolvendo os referidos bens e aplicada apenas aos bens particulares.

Para comprovação da referida tese, foi analisada a jurisprudência referente à ocupação dos bens públicos para fins de moradia até a edição de Medida Provisória 2.220 e também a partir do surgimento deste instrumento. Iremos demonstrar que os acórdãos, que antes não adentravam na discussão se o ocupante estava exercendo ou não função social no bem público, passam a apresentar este tipo de debate, principalmente a partir de 2001, quando em matéria de defesa é utilizada a referida Medida Provisória.

Apesar do progresso atingido com a criação da concessão de uso especial para fins de moradia, a Medida Provisória 2.220 apresenta um regresso, ao estipular uma limitação temporal para aquisição do direito à concessão. Assim, este trabalho se propõe a explicitar os argumentos contrários à delimitação imposta pela Medida.

Oportuno destacar que não foram objeto desta análise as formas de aquisição e perda da posse, bem como seus efeitos e o estudo das políticas públicas. Da mesma forma, a propriedade em geral não foi analisada.

Para melhor compreensão do tipo de abordagem adotada no presente estudo, o

primeiro capítulo será destinado à exposição do novo panorama constitucional, o chamado neoconstitucionalismo. A partir de então, será possível concluir que, principalmente com o advento desse panorama, a Constituição indica os parâmetros para a elaboração das normas infraconstitucionais, que devem estar adequadas às suas disposições e princípios. Em face, então, dessa nova perspectiva os direitos sociais deixam de ser simples promessas para se qualificarem como direito subjetivo do indivíduo.

No capítulo dois iremos contextualizar o surgimento da Medida Provisória 2.220, expondo a situação urbana no Brasil, bem como a evolução da legislação acerca do tema. Ainda nesta análise, discutiremos o papel do Direito na aplicação da legislação urbanística, a partir da compreensão da eficácia social das normas.

Posteriormente, no capítulo três, será feita uma abordagem em torno das principais teorias acerca da posse, sendo elas a teoria de Savigny e a teoria de Ihering, para então observar a relação feita pelos autores entre posse e propriedade. Iremos verificar que os autores, assim como o nosso Código Civil, vinculam a posse à propriedade, afastando a compreensão de que ela merece proteção por si só.

Tendo em vista o impacto de ambas as teorias, será defendido que a posse é informada pela realidade social, assim é nela que se encontra a função social e não especificamente na propriedade. Ainda neste capítulo, apontaremos a noção de bem público propriamente dito, expondo brevemente sobre as suas classificações, a abordagem da impossibilidade da prescrição aquisitiva dos mesmos - estando inclusive a matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal - até se chegar à concessão de uso especial para fins de moradia.

O capítulo quatro é destinado especificamente ao estudo da Medida Provisória 2.220, principalmente no que se refere aos requisitos necessários para a obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia, bem como a modalidade coletiva da concessão. Verificar-se-á que o novo instrumento é um passo importante para a concretização do direito fundamental à moradia. Ainda sobre o tema, será apontada a justificativa dada por parcela da doutrina para a inconstitucionalidade formal da MP 2.220 e o porquê desta alegação não prosperar.

No capítulo cinco será destacado um caso do Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, referente à ocupação de bem público por diversas famílias, que ainda não foi julgado. Após a pesquisa de jurisprudência, analisaremos a chance de provimento do mesmo.

Verificadas as conclusões acerca da jurisprudência, será possível analisar que o caso tem chances de ser provido devido ao amplo debate que se iniciou sobre a função social

também nos bens públicos, principalmente com o advento da MP 2.220.

Por fim, exporemos os argumentos necessários para a não delimitação temporal imposta pela Medida Provisória, que garante o direito à concessão apenas ao possuidor que atingir os requisitos “até 30 de junho de 2001”.

O primeiro argumento a ser utilizado é a observância à força normativa da Constituição. A partir deste princípio, toda a interpretação deve atribuir a máxima eficácia às normas constitucionais. Então, no intuito de congregiar o maior reconhecimento ao direito à moradia, imprescindível o reconhecimento da concessão de uso especial para fins de moradia a todos os possuidores que completarem todos os requisitos, independentemente de qualquer data. Neste sentido, consideraremos que a delimitação temporal é uma norma não escrita e não deve ser aplicada.

O segundo fundamento será pautado no respeito aos tratados internacionais de Direitos Humanos adotados pelo Brasil. Para tanto, utilizaremos como fundamento o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que garante a observância de todos os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Então, para garantia de diversos tratados que serão expostos, faz-se necessária a compreensão de que a delimitação temporal não pode ser considerada.

Posteriormente, utilizaremos o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da CF/88, como fundamento para a não observância da data. O referido princípio será abordado a partir da igualdade formal e da igualdade material, e, como será visto, a limitação imposta viola as duas noções de igualdade.

Finalmente, e apenas para garantir a observância dos fundamentos já utilizados, apontaremos o princípio da supremacia da Constituição, dispondo que esta prevalece sobre qualquer norma infraconstitucional, então qualquer lei incompatível com a Carta Superior não poderá subsistir.

Ao final, apresentaremos a conclusão deste trabalho, com as questões e reflexões arroladas, reforçando a importância do papel da Medida Provisória 2.220, que não pode ter um “prazo de validade vencido”, sobretudo diante do abandono da hermenêutica meramente formalística e da adoção da interpretação das disposições normativas a partir dos princípios e valores, levando-se em conta, principalmente, o princípio da função social da **posse**.

1. BREVE ANÁLISE ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. Aspectos Gerais

"O homem, e, de uma maneira geral, todo ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade".
(Immanuel Kant).

A ideia de Immanuel Kant acerca do ser humano como um fim em si mesmo foi colocada de lado durante a primeira metade do século XX. Durante esse período, o Direito vivenciou uma fase "sem alma",¹ pois o positivismo afastou valores, contemplados em princípios, como fundamento de validade das normas jurídicas.

No pós-guerra, no entanto, surge o pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, segundo Luís Roberto Barroso.² Nesse cenário, há uma reaproximação entre ética e direito, já que o fenômeno fará uma releitura do Direito congregando teor axiológico às normas, principalmente no tocante aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A esse movimento se dá o nome de "virada Kantiana". Para Kant, a única e verdadeira razão do Estado é o indivíduo, com valor intrínseco, isto é, enquanto pessoa, então se fala em virada Kantiana porque até o final de Segunda Guerra a preocupação dos Estados era com a sua própria razão de ser. A partir de 1945, as comunidades começaram a garantir a liberdade e igualdade dos seres humanos.

A perspectiva material do neoconstitucionalismo abarca dois elementos, de acordo com Ana Paula Barcellos:³

(i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos texto constitucionais, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Ademais, o neoconstitucionalismo atribuiu imperatividade à Constituição, que passa a

¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo: o pós-positivismo chega ao Brasil inaugura-se um constitucionalismo de transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Bahia, nº. 6, jun./ago., 2006, p. 3.

² BARROSO, Luís Roberto. "A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 241.

³ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direito Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, nº. 15, jan./mar., 2007, p. 4.

ganhar densidade normativa.⁴ Neste diapasão, se reconhece a superioridade da Magna Carta e a sua necessária vinculação com as demais normas infraconstitucionais.

No Brasil, esse movimento se destacou com o surgimento da Constituição de 1988. A nova ordem constitucional estava em consonância com o fenômeno que surgiu no pós-guerra. Isto porque, a CF/88 passou a tratar da defesa dos direitos individuais e coletivos, com análise de sua função social, além de princípios que serão utilizados em diversos ramos do direito, especialmente para a garantia dos direitos fundamentais.

A influência do direito constitucional trouxe a noção de constitucionalização⁵ do direito, pois os preceitos constitucionais serão indispensáveis para a verificação da constitucionalidade e interpretação das normas infraconstitucionais. Passou a haver, portanto, uma “filtragem constitucional do direito”.⁶

1.2. A importância da posse como garantia do direito social à moradia no novo panorama constitucional

O neoconstitucionalismo trouxe um novo viés para os direitos sociais, pois em face da imperatividade das normas constitucionais, o que antes era interpretado como norma programática⁷ passou a ser visto como comando dotado de real efetividade, ensejando um verdadeiro direito subjetivo⁸ ao indivíduo.⁹

⁴ Para melhor compreensão da força normativa da Constituição ver HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁵ A respeito do tema, o prof. Luís Roberto Barroso argumenta que esse fenômeno ocorreu no momento pós-ditatorial e com a atual Constituição houve: “O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor”. BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 54.

⁶ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 37.

⁷ Não obstante a defesa deste trabalho se pautar na máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, há entendimento, como o de Ingo Sarlet, no sentido de que: “tais direitos teriam baixa densidade normativa e eficácia limitada em razão de sua estrutura normativa de natureza programática, pressupondo, assim, uma interposição do legislador ordinário para que possam ser aplicados (...)”, e ainda há argumentos de que pode haver um “congestionamento *prima facie* da eficácia normativa do direito à moradia e de outros direitos sociais prestacionais em razão da escassez de bens e recursos por parte do Poder Público(...)”. *Apud* MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 76-77.

⁸ De acordo com Canotilho: “Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli) (...). Em virtude da eficácia vinculativa às normas

O art. 6º da CRFB/88¹⁰ elenca os direitos sociais do indivíduo, que são considerados de forma pacífica¹¹ como direitos fundamentais, já que o rol do art. 5º da Constituição de 1988 não é taxativo segundo dispositivo do seu § 2º.

Para consolidar a força normativa da Constituição, o art. 5º, § 1º da CF/88, confere aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. A característica “imediata” dos direitos fundamentais não admite intervalo de tempo para produção integral de seus efeitos. Desta forma, se consolida o pensamento neoconstitucional de que as normas garantidoras de direitos sociais não podem ficar condicionadas, já que dizem respeito a direito subjetivo do indivíduo.¹²

Vale destacar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da ordem

programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica atual e norma programática: todas as normas são atuais, isto é, tem força normativa independente do ato de transformação legislativa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1177).

⁹ A defesa deste trabalho se pauta na corrente que defende que caso determinada norma dita “programática” (pela doutrina mais clássica) contenha um direito fundamental, como o é o direito à moradia, é possível exigir um fazer por parte do Estado. Neste sentido é possível citar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF): DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (...). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Agravo de Instrumento nº. 734487**. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Ellen Gracie. Ementa da decisão. Paraná, 03 de agosto de 2010, DJ 20.08.2010).

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹¹ Veja-se, por exemplo, na doutrina, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Na jurisprudência, também nesse sentido: “A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo primeiro, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição de 1988 como autênticos direitos fundamentais”. (Grifo nosso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Antecipação de Tutela Antecipada nº. 175**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Trecho do voto do Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 15. Ceará, 17 de março de 2010, DJ 30.04.2010).

¹² Atente-se que “não se trata de ignorar a realidade e fechar os olhos romanticamente a todas as considerações levantadas acerca da conjuntura econômica para realização desse direito, mas é inegável reconhecer que a esfera das condições mínimas à existência humana, na qual está o direito à moradia, é um limite claro à liberdade de conformação e atuação do Estado, que deve abster-se de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra esse direito fundamental. Importa destacar, entretanto, que tal entendimento não autoriza dizer que a norma reconhece a obrigação do Estado de dar uma casa para cada indivíduo (...).” (MATTOS, Liana Portilho, *op.cit.*, p. 79).

constitucional brasileira (art. 1º, III) e, nas palavras de José Afonso da Silva:¹³

(...) é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos fundamentais, então, estão incluídos no conceito de mínimo existencial, uma vez que estão relacionados à idéia de dignidade da pessoa humana positivada no plano constitucional, que por sua importância axiológica compõem um sistema de valores que fundamentam e legitimam toda a ordem jurídica.

Por conseguinte, faz-se necessário garantir não só os direitos relacionados à liberdade dos indivíduos, mas também os direitos sociais (também denominados de direitos de segunda geração).¹⁴

A emenda constitucional 26 de 2000 adicionou ao artigo 6º da Constituição o direito à moradia. O legislador compreendeu, ainda que tardiamente, a importância do referido direito como condição essencial para o pleno desenvolvimento do ser humano e de sua família, necessário à realização de uma vida digna.¹⁵

Reclama-se, para plena incidência do preceito, a interpretação conforme a Constituição também dos institutos capazes de garantir o referido direito. Deve-se ter em mente que a posse é ferramenta fundamental para tanto, já que, na lição de Marcos Alcino,

¹³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 93.

¹⁴ A primeira geração dos direitos fundamentais é compreendida pelos direitos de liberdade do indivíduo, que exigem um atuar negativo do Estado, como por exemplo, o direito à liberdade de reunião. A segunda geração, formada pelos direitos sociais, econômicos e culturais, exigem um atuar positivo do Estado, uma vez que estão relacionados com os direitos de igualdade. Já a terceira geração é a dimensão coletiva e difusa, guiada pelos valores da solidariedade e fraternidade, como por exemplo, o direito à qualidade do meio ambiente. Diante dos avanços tecnológicos, há quem defenda os direitos de quarta geração, relacionados à manipulação do patrimônio genético, como a inseminação artificial. Sobre o assunto, MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Essa divisão, no entanto, apresentamos de forma meramente didática, pois defendemos a co dependência entre os referidos direitos, a chamada indivisibilidade dos direitos fundamentais.

¹⁵ Acerca do reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental, destacamos: “Direito de moradia, que passou a ser social fundamental, a teor da Emenda 26/2000 à Constituição Federal, e em cujo considerar, maiores cautelas do que antes, são vistas imperiosas, na concessão de liminares desse jaez. Melhor cognição, que decerto haverá, quando da prolação sentencial. Decisório que se cassa. Recurso que se provê”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Cível. **AI nº. 2007.002.11548**. Agravante: Antônio Valdir Filho. Agravados: Miralda Justen Cabral da Ponte e Milena Cabral da Ponte. Rel. Des. Luiz Felipe Haddad. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2007, DJ 28.09.2007).

cujo grifo é nosso, “a posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem tem a possibilidade de atender necessidades vitais, **como a moradia** e o cultivo. Daí surgem as chamadas posse-moradia e posse- trabalho”.¹⁶

Então, a posse, aqui entendida como meio para concretização do fim social à moradia, será reinterpretada a partir da ótica neoconstitucional, com o reconhecimento de sua instrumentalidade para efetivação de valores fundamentais.

¹⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 305.

2. A SITUAÇÃO URBANA NO BRASIL

2.1. O processo de urbanização: considerações iniciais

A partir da segunda metade do século XX, a população brasileira, que era predominantemente rural, sofreu um acentuado processo de êxodo do campo para as cidades. Os dados do IBGE comprovam que, enquanto em 1940, a população urbana correspondia a cerca de 31% da população, nos anos 70 o número subiu para mais de 44% e em 2000 atingiu o patamar de 81,2% da população.¹⁷

O crescimento desordenado das cidades, causado pelo êxodo rural e pela revolução industrial, determinou as chamadas crises urbanas, marcadas, dentre outros fatores, pelo déficit habitacional e pela ocupação predatória de áreas inadequadas.¹⁸ A população de baixa renda, sem acesso legal à ocupação de terras para fins de moradia, busca as áreas “esquecidas” pelo poder público, desprovidas de serviços básicos, e que não sofrem um aparato fiscalizatório tão grande quanto as áreas “nobres”.¹⁹

O problema das terras urbanas no Brasil faz surgir a necessidade de um debate e da releitura da legislação vigente sob a ótica dos ditames constitucionais, especialmente no que diz respeito à função social da propriedade, para que o direito esteja condizente com a realidade social de nosso país. Nas palavras de Liana Portilho:²⁰

Percebe-se, então, que qualquer discussão que se emprenda sobre a aplicação das normas legais em matéria de posse e propriedade é por si importante, e deve ser urgentemente retirada das prateleiras acadêmicas para ganhar o chão da realidade. O esforço dessa empreitada, no entanto, deve ser realizado num único sentido: ao encontro daquela realidade e não de confronto com ela. Não há nessa afirmação qualquer espécie de conformismo, em si nocivo, como já alertado. Trata-se, ao contrário, de uma defesa da dinamização da aplicação da norma, fazendo com que ela cumpra a sua própria razão de ser (dever-ser): impor um determinado dever para

¹⁷ Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/demograficas.html>>. Acesso em: 10.mar. 2011.

¹⁸ LIRA, Ricardo Pereira. “Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

¹⁹ “Uma pesquisa do Centro de Estudos da Metrópole do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEM-Cebrap), divulgado pelo jornal Folha de São Paulo, demonstrou que a cidade de São Paulo cresceu seis vezes mais para fora da fronteira urbana, território identificado intimamente com as áreas periféricas da cidade, com ocupações em sua maioria feitas por pessoas de baixa renda e geralmente contrastante (as ocupações) com o verde das matas vizinhas. Para se ter uma ideia disso, enquanto o número de habitantes da cidade de São Paulo cresceu 0,9% ao ano, no período de 1991 a 2000, o crescimento foi de 6,3% nas fronteiras urbanas (...). Uma das conclusões que se pode tirar da mencionada pesquisa é a de que a população pobre procura regiões de custo de vida mais baixo porque nelas o custo da moradia é mais acessível. E o resultado disso é que a cidade cresce para onde não deveria crescer, para onde fica fora da lei, conseqüentemente, para onde não interessa ao mercado imobiliário, como ocorre nos casos de ocupações de áreas de proteção de mananciais”. (MATTOS, Liana Portilho, *op. cit.*, p. 4-5).

²⁰ MATTOS, Liana Portilho, *op. cit.*, p. 5-6.

conseguir regular, conformar, ajustar (ou equilibrar) um fato então, um fato - jurídico. Em outras palavras, a norma nasce em razão de um fato e deve, assim, dar conta desse fato que lhe deu origem. Assim também deve ocorrer com a legislação urbana e todas as normas que disciplinam o direito de propriedade.

2.2. Contextualizando o surgimento da Medida Provisória 2.220

Insta dispor primeiramente que, não obstante o objeto do presente trabalho não seja o estudo sobre o planejamento urbano brasileiro, a luta pelo desenvolvimento urbano influenciou diretamente o reconhecimento da posse do bem público. Por essa razão, faremos a contextualização da legislação urbana brasileira, desde os anos 60 até o surgimento da concessão de uso especial para fins de moradia.

2.3. A evolução da legislação urbana brasileira

A par da problemática exposta no item 2.1, o ano de 1963 foi o marco da questão da reforma urbana brasileira. Isto porque nesse ano foi realizado o Seminário de Habitação e Reforma Urbana pelo IAB (Instituto de Arquitetos Brasileiros) e IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas), com o intuito de propor soluções para os problemas urbanos.

As resoluções do Seminário já demonstravam a preocupação maior pelos problemas de habitação no país, considerando-a como direito fundamental do homem e da família.

Nos anos 70, surgiu um anteprojeto sobre a Lei de Desenvolvimento Urbano, que só foi enviado à Câmara dos Deputados em 1983. O projeto, então, recebeu o número 775/83 estando entre as suas diretrizes a “oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; correção das distorções da valorização da propriedade urbana; regularização fundiária e urbanização específica de áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda” (art. 2º, inciso IV).²¹

O objetivo do projeto de lei, disposto no seu artigo 1º, era a melhoria da qualidade de vida nas cidades, com a disposição dos objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano. Importante salientar que a questão da função social da propriedade urbana foi destacada no

²¹ CARDOSO, Adauto Lucio. “A cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

referido projeto.²²

A demora para aprovação do projeto fez com que este perdesse importância diante do cenário em que se encontrava o Brasil em meados da década de 80. Durante a migração do regime ditatorial para o regime democrático, diversos debates surgiram para a elaboração da nova Constituição. No tocante à questão urbana, a proposta que ganhou destaque foi a do Movimento Nacional de Reforma Urbana,²³ que surgiu em meados da década de 80, motivada pelos debates da Assembléia Nacional Constituinte e teve como inspiração a proposta de lei de desenvolvimento urbano.

O Movimento propôs uma emenda, denominada de Emenda Popular pela Reforma Urbana, para pressionar o constituinte a incluir na Constituição princípios e instrumentos para a reforma urbana, com um conjunto normativo favorável às demandas populares. A proposta apresentou os direitos urbanos, baseados em princípios gerais.

O primeiro princípio geral é o direito à cidade e à cidadania, relacionado com a condição de vida urbana digna e a universalização do acesso aos equipamentos e serviços urbanos.²⁴ Nas palavras de Rosângela Cavallazzi: “Consideramos o direito à cidade, expressão do direito à dignidade da pessoa humana, o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito à moradia - implícita a regularização fundiária - à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos (...)”.²⁵

Veja-se que o direito à cidade se refere à possibilidade de as pessoas exercerem plenamente todos os seus direitos, sejam eles, sociais, individuais, econômicos ou políticos. Vale salientar ainda que o mencionado direito já havia sido reconhecido como direito fundamental no plano internacional.²⁶

²² A ementa da PL 775/8: “Define normas de ocupação do solo urbano, caracteriza a **função social da propriedade urbana**, fixa as diretrizes, instrumentos, equipamentos, comunitários, dita normas para a regularização fundiária de áreas urbanas, cria o direito de preempção (preferência) e o direito de superfície em relação aos terrenos urbanos”. (grifo nosso). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=182231>. Acesso em: 10.abr.2011.

²³ “(...) Destacou-se a proposta elaborada pelo Movimento Nacional da Reforma Urbana, entidade constituída por representantes de movimentos populares, ONGs, Universidades e entidades de representação técnico-profissionais”. CARDOSO, Adauto Lucio, *op. cit.*, p. 29-30.

²⁴ GRAZIA, Grazia de. “Reforma urbana e Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 54.

²⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. “O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

²⁶ De acordo com Zélia Jardim, na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) foram estabelecidos princípios e metas para orientação das questões urbanas. A partir de então, o direito à cidade foi reconhecido no âmbito internacional, ao lado da gestão democrática e da proteção ao meio ambiente com base no princípio do desenvolvimento sustentável. (JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. “Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

Insta destacar que o direito urbanístico é o instrumento de garantia do direito à cidade, pois reúne as normas que dispõem sobre a ordenação da mesma, e objetiva a organização dos espaços habitáveis em busca de proporcionar ao homem melhores condições de vida na comunidade.²⁷ Para diversos autores,²⁸ o direito urbanístico é um ramo autônomo do Direito, mas mantém relação estrita com diversas áreas, principalmente com o direito Administrativo, Ambiental, Civil (neste ponto podemos correlacionar com a posse) e Constitucional (com os direitos fundamentais, principalmente a moradia).

O segundo princípio é o da função social da cidade e da propriedade urbana, que equivale à preponderância do interesse público sobre o individual. Nesse aspecto, a destinação da propriedade deve se vincular ao interesse social.

O terceiro e último princípio é o da gestão democrática da cidade, que se preocupa com a participação da coletividade na elaboração de políticas urbanas. Dessa forma, toda a sociedade deve ter acesso à informação quanto ao planejamento e formas de governo da cidade.

A Emenda Popular pela Reforma Urbana contribuiu para a incorporação do capítulo “Da Política Urbana” na nova Constituição e diversas ideias da proposta do Movimento foram absorvidas no texto constitucional. Assim, a Constituição de 1988 inaugurou, na história da legislação brasileira, o conceito de função social da cidade. Ademais, foi incorporada a função social da propriedade genericamente no art. 5º, inciso XXIII, e também a função social da propriedade urbana, no art. 182. Esses conceitos serão tratados em maior profundidade no capítulo seguinte.

Vejam os dispostos no artigo 182 da Constituição:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[...]

Pela leitura do preceito, podemos perceber que o município foi o ente federativo selecionado para execução do desenvolvimento urbano. Assim, após a elaboração da

²⁷ LIRA, Ricardo Pereira, *op. cit.*, p. 4.

²⁸ Nesse sentido: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, *op. cit.*, p. 55; LIRA, Ricardo Pereira, *op. cit.*, p. 4.

Constituição, houve um amplo debate para o desenvolvimento dos Planos Diretores Municipais.

As Constituições Estaduais e Leis Orgânicas influenciaram na elaboração dos planos, uma vez que estabeleceram metas para concretização dos mesmos.²⁹ Estes, então, estabeleceram princípios gerais, relacionados, principalmente, com o uso e ocupação do solo,³⁰ como, por exemplo, a universalização do acesso à terra e à moradia regular digna.

Até o ano de 2001, no entanto, a lei federal, a que se refere o parágrafo 4º do art. 182 da CF/88,³¹ responsável pela aplicação dos instrumentos para obtenção do adequado aproveitamento do solo urbano, ainda não tinha sido elaborada. Como já se viu, desde os anos 70 existia uma discussão para elaboração da Lei de Desenvolvimento Urbano e, em 83 foi proposto o Projeto nº. 775, que não foi aprovado.

Para sanar a omissão de quase treze anos, e fazer valer a discussão sobre a Lei de Desenvolvimento Urbano iniciada há quase vinte anos, no dia 10 de julho de 2001, foi aprovada a Lei Federal 10.257, denominada Estatuto da Cidade, para, então, regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição e traçar as diretrizes gerais da política urbana.

O Estatuto da Cidade é considerado o marco da normatização urbanística no Brasil, pois, além de traçar as referidas diretrizes, apresenta os instrumentos para execução da política urbana, com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (art. 2º, *caput*). Dentre esses instrumentos, é destacado o papel do plano diretor (considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, segundo art. 182, § 2º, CF/88).

Vale salientar que o princípio da gestão democrática da cidade, um dos princípios gerais do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, foi incluído pelo Estatuto, no artigo 2º, inciso II, e regulamentado pelo artigo 40, § 4º. Para a elaboração do plano diretor e

²⁹ De acordo com Aduino Lúcio, dentre as diretrizes das Leis Orgânicas das cinquenta maiores cidades brasileiras estão a definição da função social da cidade e da propriedade, bem como a definição de normas urbanísticas. (CARDOSO, Aduino Lucio, *op cit.*, p. 31).

³⁰ “O conceito de ‘plano diretor’ refere-se, tradicionalmente, ao planejamento do uso do solo urbano, ou seja: definição das atividades mais adequadas para determinadas áreas da cidade - o “zoneamento” -, definição de gabarito e índices de ocupação do solo; definição de áreas de expansão urbana e proteção ambiental; e normas para a abertura de loteamentos ou para parcelamento da terra. Tendo em vista a definição que aparece na Constituição (definição de função social da cidade e da própria cidade), a abrangência do Plano Diretor tornou-se substancialmente maior, incluindo o planejamento da atuação do poder público sobre a cidade e a utilização dos novos instrumentos previstos na Constituição e no Estatuto da Cidade”. (RIBEIRO, Luiz Cesar Queiroz e CARDOSO; Aduino Lucio. “Plano Diretor e Gestão Democrática da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Aduino Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 103).

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Art. 182, § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da **lei federal**, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...). (grifo nosso).

fiscalização de sua implementação, deverá haver um processo participativo, com a convocação de audiências públicas, debates com associações representantes de diferentes segmentos da comunidade, publicidade e acesso da população às informações e documentos do plano diretor. Os instrumentos para garantia da gestão democrática estão dispostos no artigo 43 do Estatuto.

Além do plano diretor, o Estatuto da Cidade previu diversos outros instrumentos para execução da política urbana. Nesse contexto, é criada a figura da concessão de uso especial para fins de moradia, disposta no art. 4º, inciso V, “h”, do diploma legal.

A disciplina para a concessão de uso especial para fins de moradia estava disposta nos artigos 15 a 20 do Estatuto, mas à época o Presidente da República vetou os artigos do projeto.³² Para substituir a disciplina dos artigos vetados, no dia 4 de setembro do mesmo ano de criação do Estatuto da Cidade, foi editada a Medida Provisória 2.220, a fim de regulamentar a concessão de uso especial para fins de moradia, que será aprofundada posteriormente.

2.4. O papel do Direito na aplicação da legislação urbanística

Partindo, primeiramente, da teoria geral do Direito, sem maiores dissertações sobre o tema, as regras do Direito consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser.³³ O Direito, portanto, identifica os fatos relevantes e os converte para o mundo jurídico, na medida em que a norma, ao incidir sobre determinado fato, o transforma em fato jurídico. Este, por sua vez, quando for resultante de uma manifestação de vontade, é denominado de ato jurídico.

O ato jurídico será eficaz quando for capaz de produzir seus efeitos, i.e., alcançar o

³² Nas palavras do Presidente da República, os artigos contrariavam “o interesse público, sobretudo por não ressaltarem do direito à concessão de uso os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse de defesa nacional, de preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco”. Ademais, a expressão ‘edificação urbana’ permitiria uma regularização de cortiços em imóveis públicos, faltando a fixação de ‘uma data-limite’ para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares geradas em décadas de urbanização desordenada”. (GIANCOLI, Brunno Pandori. *Novas Soluções Jurídicas para a Moradia no Brasil: breves notas sobre o Direito real de concessão de uso especial para fins de moradia e sobre os reflexos de sua introdução no código civil pela lei nº. 11.481/2001. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Rio de Janeiro, nº. 16, fev./mar., 2008, p. 83).

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

seu verdadeiro fim. O professor Luís Roberto Barroso³⁴ distingue a eficácia social da norma da eficácia jurídica, vez que esta corresponde à concretização do comando normativo no mundo dos fatos e aquela ao efetivo cumprimento do Direito por parte da sociedade. Essa diferenciação é importante para compreender, ainda segundo o autor, que a noção de efetividade passa pelo reconhecimento da eficácia social, ou seja, ao fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada. E assim conclui:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A tarefa do Judiciário, no plano da cidade, ao interpretar, é de ampliar o alcance das normas urbanísticas, segundo sua eficácia social.³⁵ Para viabilizar esta eficácia, os intérpretes devem se valer dos princípios,³⁶ como referência para a interpretação, pois estes constituem via segura para garantia do espaço público urbano, pressuposto fundamental que qualifica a cidade e garante os direitos urbanísticos dos cidadãos.³⁷

Como vimos, o direito à cidade compreende, basicamente, as seguintes necessidades: habitação, lazer, trabalho e circulação, que devem ser atendidas em relação aos misteres da dignidade da pessoa humana.³⁸ Na conclusão de Eduardo Boquimpani³⁹, temos que:

Por coerência, estamos que o Judiciário poderá aferir, casuisticamente, o caráter democrático do plano posto. Assim, sempre com visão instrumental e razoável (*due process of law*, caráter substantivo), embora lhe seja vedado atuar como legislador positivo, deverá procurar, não somente no plano formal, mas na legislação ordinária como um todo, os ditames e anseios sociais, e a partir destes identificar o plano materialmente posto pelo povo da

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.

³⁵ Nesse sentido está o Provimento n.º 37, de 7 de junho de 1999 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que “Institui o Projeto ‘Lar Legal’, objetivando a regularização do parcelamento (loteamento e desmembramento) do solo urbano”, que dispõe: ‘a inviolabilidade do direito à propriedade merece ser dimensionada em harmonia com o princípio de sua função social; a função do Direito não se restringe à solução de conflitos de interesse e busca de segurança jurídica, mas em criar condições para a valorização da cidadania e promover a justiça social; as leis visam a proteção dos adquirentes de imóveis; a Constituição Federal não garante apenas o acesso à posse, mas a decorrente e imprescindível titulação’ (...).” E ainda, a jurisprudência segue nesse mesmo caminho: “(...) a força normativa da Constituição, como método próprio de interpretação constitucional, exige do juiz, ao resolver uma questão de direitos constitucionais, adotar a solução que propicie maior eficácia possível às normas constitucionais envolvidas, conforme lição de Konrad Hesse (...)”. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 2006.72.04.003887-4**. Apelante: Loreni Pinto Nazario. Apelados: Ministério Público Federal e União Federal. Rel. Juiz Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 12 de maio de 2009.

³⁶ Os princípios que devem nortear a interpretação do intérprete nos casos referentes à ocupação do espaço público urbano, já citados ao longo deste trabalho, são o da função social da cidade e o da função social da propriedade urbana.

³⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, *op.cit.*, p. 63.

³⁸ BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. “Utilização compulsória da propriedade urbana”. In BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193.

³⁹ BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves, *op.cit.*, p. 193-194.

cidade. Ali encontrará, então, a função social que aquele povo vislumbra para a cidade, e a partir dela o conteúdo do direito proprietário - a função social da propriedade urbana (...). Do Judiciário, assim, são esperadas medidas que conformem a propriedade urbana àquele direito (fazendo referência ao direito à cidade). Do Judiciário, pois, é de se esperar uma atuação profundamente comprometida com a efetividade do direito à cidade, enquanto expressão do acesso à justiça. A tanto se chega pela criatividade das soluções e sensibilidade às questões urbanísticas. Que isso é possível não resta dúvida.

3. NOÇÕES GERAIS SOBRE A POSSE

A posse é um tema vasto, que apresenta uma riqueza dialética sobre diversos pontos. Daí a importância de delimitarmos nosso estudo às teorias clássicas da posse no tocante à sua definição, sua função social e à posse dos bens públicos, pois estes são os aspectos que irão importar para a compreensão do objeto central deste trabalho.

A posse pertence ao ramo civil do Direito, mas especificamente relacionado ao estudo do direito das coisas, que regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica.⁴⁰ O Código Civil atual, inclusive, a posiciona no Livro III denominado “Do Direito das Coisas”.

Os estudos conceituais da posse partem, necessariamente, dos elementos já expostos pela dogmática de Savigny e Ihering. Por essa razão, antes de analisarmos a definição adotada pelo Código Civil, insta destacar os ensinamentos das duas grandes teorias que contribuíram para a fixação da noção acerca da posse.

3.1. O conceito de posse na teoria de Savigny

Frederich Karl Von Savigny, ainda muito jovem, criou a obra “Tratado da Posse em Direito Romano”, que analisou o instituto a partir dos elementos *corpus* e *animus* de forma autônoma.

O *corpus* é o requisito material, ou seja, é o exercício do controle físico sobre a coisa e a defesa contra atos externos, que possam subtraí-la. O *animus* representa a vontade, mais especificamente a vontade de ser proprietário. Então, para haver posse, além de deter a coisa, é necessária a intenção da pessoa de exercer o direito de propriedade, por isso este elemento é complementado pela figura do *domini* (intenção de ser dono).

Devido à existência do elemento *animus domini*, a teoria de Savigny é classificada como subjetiva. Nas lições do autor, “(...) para ser considerado verdadeiro possuidor de uma coisa, é preciso necessariamente que aquele que a detém a administre aos seus próprios olhos como proprietário; noutros termos, que pretenda dispor dela como um proprietário teria a faculdade legal de fazê-lo, em virtude de seu direito (...)”.⁴¹

Para Savigny, portanto, o locatário, o comandatário, o mandatário e o depositário não teriam posse, seriam meros detentores. Diante da problemática de o locatário, por exemplo,

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

⁴¹ SAVIGNY *Apud* CAHALI, Yussef Said. **Posse e Propriedade**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1987, p. 668.

não ser considerado possuidor, o autor criou a chamada “posse derivada”, que é aquela exercida sem a intenção de dono e se configura com a transferência dos direitos possessórios.

No tocante à natureza jurídica da posse, a teoria subjetiva sustenta que esta é, ao mesmo tempo, um fato e um direito. Por si mesma ela é um fato, mas que gera efeitos, tais como o usucapião e os interditos, que têm natureza de direito.⁴²

3.2. O conceito de posse na teoria de Ihering

Rudolph Von Ihering, ao contrário de Savigny, defendia a concepção objetiva da posse, através da destinação econômica da coisa. Para o autor, posse é a exterioridade da propriedade e afirma que: “Por exteriorização da propriedade eu entendo o estado normal externo da coisa, sob o qual ela cumpre sua destinação econômica de servir aos homens”.⁴³

Por este aspecto, Ihering sobreleva a posse à condição indispensável ao direito de propriedade⁴⁴, já que, como poder de fato, a posse é anterior a propriedade analisada como o poder de direito sobre a coisa.

O *corpus* nessa concepção já abarca o elemento *animus*, pois não se faz necessária a intenção de ser dono, mas a vontade de ter poder sobre a coisa como exerce o proprietário (o chamado *affectio tenendi*). Então, de acordo com Ihering, a noção de posse abarca o elemento *corpus* - aqui considerado como a relação exterior entre o possuidor e a coisa segundo sua destinação econômica⁴⁵ - e o elemento *affectio tenendi*.

Neste ponto reside a distinção entre as teoria objetivas e subjetiva. Para esta, *corpus* conjugado com *affectio tenendi* gera detenção, que somente se converte em posse quando se lhes adiciona o *animus domini*. Já para aquela, o *corpus* mais a *affectio tenendi* geram posse, que se desfigura em mera detenção apenas na hipótese de um impedimento legal.⁴⁶

Ihering defende, portanto, a posse do provável proprietário (aquele que age com aparência de dono), independentemente do aspecto subjetivo descrito por Savigny. Dessa

⁴² GOMES, Orlando, *op. cit.* p. 41.

⁴³ IHERING *Apud* CAHALI, Yussef Said. *op. cit.*, p. 669.

⁴⁴ Na lição de Orlando Gomes: “Ora, o *jus possidendi* tem grande importância prática para o proprietário. Para que possa utilizar economicamente a coisa que lhe pertence, o proprietário deve ter a posse. Ihering frisa a necessidade que tem o proprietário de exercer a posse, dizendo que a propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a escada para colher os frutos”. (GOMES, Orlando, *op. cit.* p. 34).

⁴⁵ De acordo com Caio Mario: “Um homem que deixa um livro num terreno baldio, não tem sua posse, porque ali o livro não preenche a sua finalidade econômica. Mas aquele que manda despejar adubo em um campo destinado à cultura, tem-lhe a posse, porque ali cumprirá seu destino”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos reais**, v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21).

⁴⁶ *Idem*.

forma, a teoria objetiva admite a posse do locatário e do mandatário, por exemplo.

Finalmente, no que diz respeito à natureza jurídica da posse, Ihering a considera como um direito. Para o elaborador da teoria objetiva, direito é um interesse juridicamente protegido, que abarca o elemento formal e o material. Por este se entende o interesse, que na posse se manifesta através de sua condição para utilização econômica da coisa, e o elemento formal é a proteção jurídica, também presente na posse.⁴⁷

3.3. A relação entre posse e propriedade

A relação existente entre posse e propriedade deve ser abordada primeiramente, a partir da compreensão do fundamento da tutela possessória pelas teorias relativas e absolutas.

As teorias absolutas tutelam a posse por si só, sem qualquer relação a determinado instituto jurídico. Dentre as teorias absolutas existentes, há a teoria da vontade, que garante a tutela possessória pelo fato desta ser um ato de vontade, e como ato de vontade merece a proteção do Direito. E temos ainda a teoria da posse como categoria econômica independente, que garante a proteção da posse, pois esta é uma forma de apropriação de bens e satisfação das necessidades humanas.

A teoria relativa da interdição da violência, de autoria de Savigny, considera que a defesa da posse é decorrente da obrigação de o Estado proteger o indivíduo contra qualquer ato de violência. Como fato, a posse se converte em Direito, na medida em que o ordenamento cria determinados instrumentos para proteção da mesma (a citar, por exemplo, o interdito possessório). Para Savigny, qualquer ato de violência, inclusive a turbação da posse, é conduta antissocial.

A segunda teoria relativa é a do respeito à personalidade humana, que esclarece que o Direito deve proteger a posse, pois a sua perturbação é contra a personalidade humana, princípio do ordenamento jurídico.

A terceira teoria relativa existente é de Ihering, sendo qualificada como teoria da defesa complementar da propriedade. Segundo o autor, a posse é tutelada em detrimento do direito de propriedade, por isso a complementaridade.⁴⁸ Então, para as teorias absolutas a posse goza de autonomia e para as relativas ela está vinculada a outra situação.

No Código Napoleônico, a posse era situada no capítulo concernente à prescrição, já que de acordo com Pothier, no final do século XVII, a única posse jurídica existente era a do

⁴⁷ GOMES, Orlando, *op.cit.* p. 42.

⁴⁸ Sobre o tema vide GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 91.

proprietário.⁴⁹

O Código Civil de 2002 define o possuidor em seu art. 1.196, nos seguintes termos: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.⁵⁰

Veja-se que até os dias de hoje, os conceitos romanos influenciam na dogmática da posse. Pela leitura do dispositivo, podemos perceber que a codificação atual optou pela concepção objetiva do possuidor, já que o *animus domini* não tem nenhuma influência para a caracterização da *possessio*.

Apesar disso, ainda há reflexos das ideias de Savigny em determinados dispositivos⁵¹ que utilizam o termo “possuir como seu”, apresentando assim, a necessidade da demonstração da intenção de ser dono. Desta forma, o direito brasileiro não se filiou exclusivamente a nenhuma das duas teorias.⁵²

A noção romana de Ihering, adotada em parte pelo Código Civil, vincula a posse à propriedade, já que, conforme visto anteriormente, a posse nessa concepção é uma exteriorização da propriedade. Portanto, o argumento para eventuais interditos possessórios se dá com base na propriedade, como meio de facilitar a defesa desta.

Savigny, por sua vez, que também influenciou no momento de elaboração do Código, possui uma visão mais social da posse, afirmando que esta possui um lugar equidistante da propriedade,⁵³ apesar de mencionar que para haver posse deve ser demonstrado o já citado *animus domini*.

Tanto a teoria subjetiva de Savigny, quanto a objetiva de Ihering se vinculam às teorias relativas de fundamento da posse, deixando de lado o entendimento de que ela merece proteção por si só, desvinculada da propriedade. Devido à influência de ambas no nosso código, a melhor doutrina do professor Azevedo Torres⁵⁴ entende que:

A importância conferida à propriedade pelo novo Código Civil decorre da segurança jurídica, social e econômica que a instituição permite no sistema capitalista, criando-se uma cultura de que é necessário ser proprietário para

⁴⁹ ALVES, Mauro Vinicius Duarte. **Função Social da Posse: reflexos concretos no ordenamento jurídico**. Foz do Iguaçu, PR: Livro Rápido, 2008, p. 23.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

⁵¹ Vejam-se, por exemplo, os artigos 1238, 1239, 1240 e 1260 todos do Código Civil.

⁵² A respeito da posição do Código Civil de 1916: “O Código Civil nem sempre se mostra coerente: por vezes, em um capítulo, adota um sistema do qual se distancia em outro. Ao tratar da aquisição da propriedade, apontamos desentendimentos entre regras constantes dos livros sobre o Direito das Obrigações e o Direito das Coisas. Agora, vê-se que, ao dispor sobre o usucapião como modo de adquirir a propriedade, o legislador esqueceu dos princípios de Ihering, inspiradores do conceito de posse”. (BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 230).

⁵³ ALVES, Mauro Vinicius Duarte, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 311-312.

ver respeitados seus direitos sobre a coisa e para aquisição de *status* social, privilegiando o ter em detrimento do ser (...).

Portanto, devemos superar a noção romana de posse, de que ela representa a exteriorização do direito de propriedade.⁵⁵ Apesar da positivação da teoria relativa no Código Civil, o instituto em análise deve ser compreendido de forma autônoma, e longe de uma concepção estritamente individualista. Neste mesmo sentido, continua o autor:⁵⁶

A importância econômica e social da posse não permite que seja considerada sentinela avançada da propriedade como sugere Ihering ou que sirva de muleta para um instituto que goza de adequada proteção do sistema (...). A tutela (proteção) da posse não pode mais se dar, porque o possuidor tem aparência de dono e, na grande maioria, o é como a doutrina tem sustentado e a jurisprudência admitido pacificamente, por interpretação do antigo art. 485 do Código Civil de 1916 e que certamente continuará a fazê-lo em razão do atual art. 1196 do Código Civil de 2002, mas em razão da função econômica e social que ela representa para o possuidor e para a sociedade.

Por oportuno, faremos a abordagem do conceito de função social no item seguinte, para que o direito civil tenha como base os mandamentos constitucionais e não apenas a concepção puramente patrimonialista.

3.4. A função social: da posse ou da propriedade?

A doutrina⁵⁷ aponta que a primeira Constituição a dispor sobre função social da propriedade foi a Constituição de Weimar de 1919, que teve seu artigo 153 repetido pela Constituição da Alemanha de 1949. O artigo tinha o seguinte teor: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”.

O Brasil inaugurou o conceito de função social da propriedade em seu ordenamento na Constituição de 1946 e, posteriormente, na Carta de 1967, como princípio da ordem social e econômica. A Constituição atual, além de prever a função social da propriedade, a incluiu em seu art. 5º, referente aos direitos e garantias fundamentais.⁵⁸

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº. 5, jan./jun., 2005, p. 50.

⁵⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 361.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A.I. 598.360.402- São Luiz Gonzaga). **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, v. 9, nº. 17, ago./dez., 2000, p. 44.

⁵⁸ A Constituição de 1946 previa em seu art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. O art. 160 da Constituição de 1967 tinha o seguinte teor: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e justiça social, com base nos seguintes princípios: (...)”

Por função social entende-se um dever imposto ao proprietário, que deixa de ter um direito subjetivo ilimitado à sua propriedade. Apesar da variação que cada ordenamento possa conceder ao conceito, relativamente a todos se pode dizer que é um critério de valoração do exercício de um direito, que deve ser direcionado para um “*massimo sociale*”.⁵⁹

A função social da propriedade urbana, objeto central deste trabalho, é princípio dos direitos e garantias fundamentais e também da ordem política, ideológica e social (arts. 170, III e 182, CF). A própria Carta de 1988 estabelece no art. 182, § 2º, que estará atendida a função social da propriedade urbana, quando esta cumprir as exigências do plano diretor de cada cidade (com mais de vinte mil habitantes).⁶⁰

No entanto, a função social é conferida à posse ou à propriedade? Hernandez Gil foi o protagonista no assunto, ao tratar, em 1987, da posse como fato social. Segundo o autor, ela é o instituto de maior densidade social, pois revela a necessidade primária do homem de apropriar-se das coisas de que dela necessita. Sendo assim, tal instituto deve ser sempre informado pela realidade social, devendo ser chamado a desempenhar uma tarefa integradora das exigências humanas e não mais um instrumento de dominação e estratificação. Logo, é na posse que se encontra sua função social, como pressuposto e como fim.⁶¹

Reconhecer a posse, então, significa reconhecer a realidade social. A partir de tal reconhecimento, faz-se necessário protegê-la para garantir a estabilidade sócio-econômica. Neste aspecto, o conceito de função social é fundamental para legitimar a apropriação dos bens, ou seja, a posse propriamente dita. Então, é através da posse que a função social poderá ser concretizada, desde que exercida em consonância com os preceitos constitucionais. Nas palavras de Teori Zavaski:⁶²

III- função social da propriedade.” A Constituição de 1988, dispõe no art. 5, XXIII: A propriedade atenderá sua função social”. Todas as Constituições podem ser obtidas no site: < www.planalto.gov.br>.

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2004, p. 319.

⁶⁰ Veja-se, por exemplo: Rio de Janeiro. Lei Complementar n.º. 25/2001. Dispõe sobre a política urbana do município, instituindo o plano diretor da cidade do Rio de Janeiro. Art. 6º. O Plano Diretor estabelece as exigências fundamentais de ordenação da Cidade para o cumprimento da função social da propriedade com a finalidade de: I. recuperar, em benefício coletivo, a valorização acrescentada pelos investimentos públicos à propriedade privada, através dos instrumentos legais pertinentes; II. condicionar a utilização do solo urbano aos princípios de proteção e valorização do meio ambiente e do patrimônio cultural; III. promover a geração de recursos para a implantação de infra-estrutura e de serviços públicos; IV. controlar a expansão urbana e a densidade populacional de acordo com a adequada utilização do solo urbano; V. definir o adequado aproveitamento de terrenos e edificações, sancionando a retenção especulativa, a subutilização ou a não utilização de imóveis de acordo com os parâmetros estabelecidos e com as diretrizes de desenvolvimento estabelecidas neste Plano Diretor; VI. promover o acesso à propriedade regular e à regularização urbanística e fundiária. Disponível em: < http://www2.rio.rj.gov.br/smu/compur/pdf/PLC_0025_01-%20SUBSTITUTIVO%203%20-%20TEXTO%20DO%20PL.pdf>. Acesso em: 02.abr. 2011.

⁶¹ ALBURQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 137-138.

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 51.

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades, são fenômenos da realidade (...). A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, "função social das propriedades"), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse. Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade.⁶³

A função social da posse é guiada pela realidade social, que faz prevalecer o valor da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, haverá uma visão mais ampla da posse, de sua utilidade social e de sua autonomia em relação a outros institutos jurídicos.

Por conseguinte, diante do conflito entre o titular do bem que não cumpre a função social e o possuidor que atinge tal preceito, a Constituição já apontou o caminho a ser seguido - a tutela para aquele que confere maior função social ao bem. Então, a posse com função social (também denominada de posse qualificada) deve prevalecer em relação ao título de propriedade que desconhece o preceito do art. 5º, inciso XXIII, CF/88. Esta, portanto, deve ser a análise do Código Civil à luz da Constituição.

O ter, tanto da propriedade pública quanto da privada, só terá proteção jurídica se cumprir a função social exigida pelo ordenamento jurídico. E certo é - e isto podemos afirmar para a realização da função social da propriedade urbana em qualquer cidade - que assegurar moradia e trabalho na terra através da posse é uma forma de cumprir a função social da propriedade exigida pela Constituição. A justificativa para tanto é explicada por Azevedo Torres:⁶⁴

Mister então reconhecer que a posse qualificada pela função social é um direito, porque instrumento de satisfação de necessidades humanas e porque a um só tempo viabiliza, atende e materializa direitos fundamentais sociais contribuindo para a concretude do princípio da dignidade humana, para erradicação da pobreza, para erradicação da marginalização, para a redução das desigualdades sociais, independente de origem, raça, cor, idade, possibilitando a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

⁶³ No mesmo sentido, Marcos Alcino apresenta o voto vencido do juiz Marcio Puggina no M.S nº 195050976 da 4ª Câmara Civil do TARS: "Ter a propriedade função social significa o efetivo exercício fático de uma ação (função) social e exercer de fato alguma ação sobre a propriedade nada mais é do que o próprio conceito de posse. Logo, a função social da propriedade é a própria posse como o fato socialmente relevante exercido sobre a propriedade". (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op.cit.*, p. 374).

⁶⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 403.

Podemos destacar, assim, que a função social da posse, além de determinar a judicialização de um fato social, é um meio para se atingir as exigências da própria Constituição, no tocante ao princípio constitucional de igualdade de todos e principalmente os objetivos do Estado democrático, como a erradicação da pobreza e o direito a uma existência digna.

É nesse contexto que se faz necessário citar outra categoria de posse existente, a chamada posse necessidade, que surge exclusivamente para atendimento de necessidades primárias, como a moradia e o sustento. Por oportuno, Betânia Alfonsin leciona que “a uma eficácia jurídica *erga omnes* de um título de propriedade vazio, opõe-se uma eficácia fática de uma posse não - formalmente titulada, mas cheia, e cheia de um direito elementarmente ligado à vida, como o de comer e o de morar”.⁶⁵

A par do exposto, necessário ter em mente que a visão individualista de propriedade foi ultrapassada pela função social, que busca atingir um interesse mais social.⁶⁶ Para tanto, é preciso valorizar as denominadas posse-trabalho e posse-moradia, que atingem as necessidades básicas dos cidadãos.⁶⁷ Nesse diapasão, além de cumprimento ao disposto no art. 5º, XIII, CF, estaremos, da mesma forma, cumprindo os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.5. A posse dos bens públicos

Bens públicos, assim definidos pelo Código Civil, são todos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno.⁶⁸ Vale dizer, os bens públicos serão aqueles pertencentes à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, às autarquias e fundações de direito público dos referidos entes e também as associações públicas e outras pessoas de caráter público criadas por lei, conforme disposto no art. 41 do Código Civil.

⁶⁵ ALFONSIN *Apud* TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 384.

⁶⁶ Atente-se, porém, que: “Não se quer com isto dizer que o domínio deve atender exclusivamente ao interesse social. Tampouco se pretende excluir do direito subjetivo sua vocação individualista, voltada para o atendimento de necessidades individuais de seu titular. Cuida-se, ao revés, de dotar o direito subjetivo de uma capacidade expansiva, de modo a que, contemporaneamente à satisfação das necessidades do proprietário, possa atender a interesses não proprietários, estes legitimadores do domínio, segundo a ordem pública definida pela Constituição.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 47).

⁶⁷ Diante dessa afirmação, nos filiamos à teoria absoluta da posse como categoria econômica independente.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. Art. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

As principais classificações que serão abordadas para compreensão do objeto do presente trabalho dizem respeito à destinação, disponibilidade, regime jurídico, bem como as formas de uso privativo dos bens públicos.

No tocante à destinação, os bens públicos podem ser classificados em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Os bens de uso comum são aqueles de utilização geral, com prevalência para a destinação pública, ou seja, a efetiva utilização pelos membros da comunidade.⁶⁹ Como exemplo desse tipo de destinação podemos citar as praias, as estradas e as ruas. Veja-se que a função social desses bens é cumprida na medida em que se destinam à fruição de todas as pessoas e, por essa razão, não podem ficar submetidos a um poder jurídico privado.

Os bens de uso especial, por sua vez, estão destinados especificamente a determinado serviço público, e o uso caberá preferencialmente ao Poder Público, tais como os edifícios públicos, os hospitais públicos e os veículos da administração. Da mesma forma que os bens de uso comum, os bens de uso especial, enquanto estiverem cumprindo a função para o qual foram criados, estarão da mesma forma, cumprindo a sua função social.

Já os bens dominicais são aqueles que podem ser utilizados em qualquer fim (ou seja, não estão afetados) ou alienados pela Administração, por essa razão, são também chamados de bens patrimoniais disponíveis. José dos Santos Carvalho Filho⁷⁰ apresenta uma noção residual dos bens dominicais, pois irão se situar nessa categoria todos os bens que não forem de uso comum do povo ou de uso especial. Pode-se dizer que são bens dominicais, por exemplo, as terras sem destinação específica (ex.: terras devolutas), e os prédios públicos desativados. Nesta seara, será mais fácil identificar a falta de cumprimento da função social do bem.

Atente-se que os bens foram identificados quanto a sua destinação para se ter em mente que também os bens públicos, independentemente de sua classificação, devem cumprir função social e não só os bens particulares. Não havendo discriminação no art. 5º, XXIII, CF/88, quanto a ser pública ou privada a propriedade, incide o princípio da função social da propriedade, com a não concessão da pretensão reintegratória do Poder Público, em razão de

⁶⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1004.

⁷⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1005.

outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷¹

Em relação a sua disponibilidade, os bens públicos podem ser divididos em bens disponíveis, bens patrimoniais disponíveis e bens patrimoniais indisponíveis. Os primeiros não possuem caráter patrimonial e por isso o Poder Público não pode deles dispor ou desvirtuá-los de suas finalidades principais. Sob tais aspectos, podem citar como exemplo as estradas, os mares e os logradouros públicos e, como ensina José dos Santos Carvalho Filho,⁷² alguns deles apenas serão indisponíveis enquanto mantiverem sua destinação.

Os bens patrimoniais disponíveis, por possuírem o caráter patrimonial, podem ser alienados em conformidade com a lei e são os bens dominicais em geral. Os bens patrimoniais indisponíveis, da mesma forma que os anteriores, possuem caráter patrimonial e são passíveis de avaliação pecuniária, mas não podem, entretanto, ser dispostos enquanto estiverem afetados aos fins públicos, como os bens de uso especial, por exemplo.

No que se refere ao regime jurídico, os bens públicos apresentam três características. A primeira é a alienabilidade condicionada, presente nos artigos 100 e 101 do Código Civil.⁷³

A regra, com base nos artigos mencionados será a alienabilidade na forma da lei e somente serão inalienáveis os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto conservarem a sua qualificação, também na forma da lei.

A impenhorabilidade é a segunda característica do regime jurídico dos bens em questão. Os bens públicos, então, não podem ser penhorados, com fundamento inclusive na própria Constituição (art. 100), que estabelece que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, devem ser pagos por meio de precatório. O intuito do legislador foi de proteger os bens públicos do processo comum de alienação referente aos bens privados.

A terceira característica do regime jurídico é a imprescritibilidade, que significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, ainda que os mesmos não possuam qualquer destinação.

⁷¹ LOTUFO, Renan. “A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 349.

⁷² FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1006.

⁷³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar; Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da Lei.

Essa característica, em verdade, foi a que mais motivou a elaboração do presente trabalho, pois em virtude inclusive do ordenamento Constitucional e do novo Código Civil,⁷⁴ ainda que o possuidor mantenha a posse por longo período de determinado bem público, que não tenha sua função social cumprida pelo Poder Público, não poderá adquirí-lo.

A matéria referente à impossibilidade de prescrição aquisitiva dos bens públicos foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal. Na dicção da Súmula 340: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

A quarta e última característica é a impossibilidade de oneração, que impossibilita a gravação dos bens públicos em favor de terceiros no caso de inadimplemento da obrigação por parte do Estado. Neste aspecto, também a Constituição faz valer a característica da não onerabilidade ao disciplinar o regime dos precatórios para pagamento de crédito de terceiros contra a Fazenda Pública.

Em relação às formas de uso privativo dos bens públicos, apenas as que causam maior confusão em relação ao objeto central deste trabalho serão brevemente abordadas, sendo elas, a concessão de uso, a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia, que será detalhadamente analisada no capítulo posterior.

Vale salientar que o uso privativo dos bens públicos, também denominado de uso especial privativo é o direito que a Administração confere a certas pessoas para utilização de bens públicos. Tal direito será atribuído através de instrumento jurídico específico para o fim que a pessoa dará ao bem.

A concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.⁷⁵

A concessão será formalizada por contrato administrativo, através da vontade discricionária da Administração sem, contudo, haver precariedade.

O autor José dos Santos Carvalho Filho⁷⁶ apresenta as seguintes espécies de concessão de uso: concessão remunerada e concessão gratuita de uso de bem público. Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, apresenta as seguintes modalidades: a de exploração ou de simples uso, conforme seja, ou não conferido ao concessionário poder de gestão dominial, substituindo-se

⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Art. 183, § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

⁷⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1030.

⁷⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1031.

à Administração concedente; a temporária ou perpétua; a remunerada ou gratuita e por fim a de utilidade pública ou de utilidade privada.⁷⁷

A modalidade qualificada de concessão de uso é denominada concessão de direito real de uso, que é um direito real conferido ao particular para dar destinação ao bem público não edificado. Vale salientar que para regularização por meio da concessão de direito real de uso é preciso da concordância do dono do terreno. Logo, se o imóvel for do Município, só ele poderá conceder o referido instrumento.

A principal diferença entre a concessão de direito real de uso e a concessão de uso é que esta inaugura uma relação de caráter pessoal, com uma relação meramente obrigacional entre as partes e nem sempre os fins serão públicos. Naquela, o concessionário terá um direito real e os fins são estabelecidos na lei respectiva previamente, sendo destinado à urbanização, edificação, industrialização, cultivo ou a outro fim relacionado ao interesse social.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.569.

4. A MEDIDA PROVISÓRIA 2.220: CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

Em razão da impossibilidade da prescrição aquisitiva dos bens públicos, conforme dicção do art. 183, § 3º da Constituição, houve a necessidade de se criar um instituto para reconhecimento da posse de diversos particulares em áreas públicas, com o intuito final de atender às necessidades reclamadas pela política urbana.

O projeto do Estatuto da Cidade previa a disciplina para a concessão de uso especial para fins de moradia, porém, os artigos referentes no projeto foram vetados pelo Presidente da época (v. item 2.3). Diante do veto, foi criada a Medida Provisória 2.220 no dia 4 de setembro de 2001, para regularizar o referido instrumento e atender ao mandamento constitucional presente no art. 183, § 1º da Carta Magna.⁷⁸

Cabe destacar que, no tocante aos imóveis da União, a Lei 11.481/07 se ocupou de regulamentar especificamente a posse das áreas federais. De acordo com a referida legislação, a concessão de uso especial para fins de moradia também será aplicada às áreas da União em geral, inclusive aos terrenos da marinha.

O art. 1º da Medida Provisória 2.220⁷⁹ apresenta os requisitos necessários para a concessão:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

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

[...]

Pelo que se pode perceber, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida àquele que possuir como seu, por cinco anos ininterruptos, imóvel público em área

⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Art. 183, § 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

⁷⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 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/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 15.abr.2011.

urbana, até 30 de junho de 2001, com o intuito de moradia, desde que não tenha outra propriedade ou não seja beneficiário de outra concessão.

Os requisitos apresentados pela Medida Provisória são cumulativos. Atente-se que o primeiro requisito se inspirou na doutrina de Savigny, pois exige que o particular possua o já qualificado *animus domini*, na medida em que dispõe “possuir como seu”. Trata-se do requisito temporal que exige que o particular esteja há cinco anos ininterruptos na posse e desde que cumpridos até a data de 30 de junho de 2001. Esta última exigência, no entanto, não deve prosperar por motivos que teceremos mais adiante.

O segundo requisito é territorial, limitando a concessão em duzentos e cinquenta metros quadrados, da mesma forma que o usucapião especial urbano. Caso a área seja superior, se a ocupação se der por mais de um possuidor com os quinhões definidos e com a metragem dentro dos limites fixados na lei, tal com posse também permitirá o reconhecimento do direito à concessão.⁸⁰

Outra exigência é que o imóvel seja utilizado para moradia (sua ou de sua família). Observa-se que o legislador buscou proteger com esse instituto a posse-moradia, ou seja, a posse qualificada pela moradia que contempla a função social da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III da CF/88) e a função social da cidade (art. 182 da CF/88 e Estatuto da Cidade).

Por fim, o requisito de caráter patrimonial, exigindo que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, já que a intenção da concessão de uso é suprir a falta de moradia do ocupante.

O art. 6º da Medida Provisória em destaque⁸¹ aponta uma ordem a ser seguida para obtenção da concessão. Primeiramente o particular deve requerer à Administração a concessão de uso e, apenas na hipótese de recusa ou inércia por mais de doze meses por parte da Administração, deverá fazê-lo perante o Poder Judiciário.

A justificativa para o Poder Judiciário poder reconhecer o direito à concessão está atrelada à natureza jurídica do instituto. Apesar do nome “concessão”, a sua natureza é de ato administrativo vinculado, pois se o possuidor cumprir os requisitos acima mencionados ele

⁸⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 377.

⁸¹ BRASIL. Medida Provisória nº 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. Art. 6º 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. § 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo (...). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso: em 15.abr. 2011.

terá direito subjetivo à concessão. Ou seja, a Administração não possui qualquer discricionariedade, por essa razão o Judiciário poderá reconhecer o direito, na medida em que estará fazendo um controle de legalidade do ato administrativo.

A outorga da concessão é gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, conforme dispõe o art. 1º, § 1º da MP 2.220. Ou seja, o legislador não atribuiu qualquer ônus pecuniário ao possuidor e o fez em respeito ao princípio da igualdade, independentemente do sexo e estado civil.

A Medida Provisória se preocupou também com a ocupação de imóvel de uso comum do povo, destinado a projeto de urbanização e reservado à construção de represas e obras congêneres, de interesse da defesa nacional, de proteção urbana e de ecossistemas e também os situados em vias de comunicação (art. 5º da MP 2.220/01). Nessas hipóteses, o legislador facultou ao Poder Público a instalação dos posseiros em outro local.

Isto porque, nos bens mencionados, já há observância do cumprimento da função social, na medida em que os mesmos estão afetados a destinos específicos, porquanto não podem ser alienados ou cedidos. No entanto, em razão do direito fundamental à moradia o legislador sabiamente possibilita que se transfira o exercício do direito à concessão para outro local, sem necessidade da desafetação para expedição da concessão.⁸²

No tocante à perda da concessão, o concessionário que não observar o requisito finalístico, qual seja, a destinação para sua moradia ou de sua família não poderá mais exercer seu direito à concessão de uso especial para fins de moradia. Da mesma forma, o particular que adquirir a propriedade ou concessão de outro imóvel, urbano ou rural, perderá a concessão, na forma do art. 8º da MP 2.220.

A Medida Provisória institui ainda a modalidade coletiva de concessão em seu art. 2º. Assim como na concessão individual, a modalidade coletiva apresentará os mesmos requisitos e exigirá ainda a destinação de uso para população de baixa renda e aonde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor.

Acerca da modalidade, sábias são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho:⁸³

O instrumento coletivo, como já tivemos a oportunidade de assinalar quando

⁸² “A matéria pertinente à desafetação da área objeto da concessão é controversa. Porém, o entendimento que mais se amolda e confere maior aplicabilidade ao princípio reitor constitucional da função social da propriedade e do direito à moradia é o da desnecessidade (...). Por fim, cabe ressaltar que, embora se reconheça a autoridade dos que defendem a tese contrária, sua adoção implicaria esvaziar o caráter vinculado do instituto e o tornaria de difícil aplicação prática, culminando em um processo de regularização fundiária, mais lento, uma vez que os mecanismos postos à disposição pelo ordenamento jurídico para desafetação de bens públicos são complexos e sujeitos às variações políticas de toda sorte”. (TEIXEIRA, Paulo Luciano de Souza. A Medida Provisória 2.220/01 na Ótica da Função Social da Propriedade. **REVIEW EMERJ**, v. 9, nº 36, 2006, p. 300-301).

⁸³ FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, op. 381.

dos comentários sobre o usucapião especial coletivo, repousa sobre dois fundamentos básicos - um de ordem urbanística e outro de ordem social. O de ordem urbanística consiste na possibilidade de serem regularizadas áreas de ocupação em terras públicas e de serem implementados equipamentos urbanos e serviços públicos para os moradores do local. Além do aspecto urbanístico, há também motivação de ordem social, esta representada pelo benefício a ser dispensado a pessoas de baixa renda e, portanto, integrantes das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Poderíamos, pois, dizer que a concessão de uso especial de imóvel público é o instrumento urbanístico e social que visa regularizar e garantir, para moradia, o uso de áreas públicas por quem preencha os requisitos exigidos em lei e pertença a camadas mais pobres da coletividade.

Vale registrar que quando a ocupação acarretar risco à vida e à saúde, a teor do art. 4º, o Poder Público não deverá extinguir a concessão, mas garantir o exercício da concessão em outro local. Diferente do art. 5º, que confere uma faculdade ao Poder Público, aqui, ao revés, se está diante de uma obrigatoriedade.

Insta destacar, por fim, que com o advento da Lei 11.481/07, a concessão foi incluída no rol de direitos reais do art. 1225 do Código Civil (inciso XII).

Decerto a concessão de uso especial para fins de moradia não tem o condão de solucionar a crise da moradia urbana no Brasil, mas é um passo de extrema importância para a concretização do direito fundamental à moradia presente no art. 6º da Constituição e, em última análise, da função social da propriedade, viabilizando o desenvolvimento humano de uma parcela muitas vezes esquecida da sociedade.⁸⁴

4.1. Da equívoca alegação de inconstitucionalidade da MP 2.220/01

Muito se debate acerca da inconstitucionalidade formal da Medida Provisória 2.220.⁸⁵ O argumento principal dos defensores dessa corrente é a vedação constitucional à interferência da União nos bens de outros entes da federação.

Isto porque a União criou a referida Medida e dispôs sobre a concessão de uso para fins de moradia não só para os seus bens, mas também para os bens dos Estados, Distrito Federal e Municípios. A MP 2.220 violaria, portanto, o art. 24, I da CF/88, que atribui competência à União para estabelecer apenas as regras gerais sobre direito urbanístico, sendo privativa a competência dos entes para legislar sobre seus próprios bens.

⁸⁴ GIANCOLI, Brunno Pandori, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁵ Não obstante a falta de ação direta de inconstitucionalidade sobre a Medida Provisória 2.220, no controle difuso, como veremos no capítulo 5, a alegação de inconstitucionalidade é argumento de defesa do poder público titular do bem em litígio.

Em verdade, tal alegação de inconstitucionalidade é parcial, já que se refere apenas ao art. 3º da referida Medida.⁸⁶ A respeito do tema, parte da doutrina se posiciona nesse sentido:

Não lhe cabe, em conseqüência, impor aos Estados e Municípios a outorga de título de concessão de uso, transformando-a em direito subjetivo do possuidor de imóveis públicos estaduais ou municipais. Se a norma constitucional fala em título de domínio e concessão de uso é porque deixou a decisão à apreciação discricionária do Poder Público titular do bem. A União pode, validamente, impor a concessão de uso, como decisão vinculada, com relação aos bens que integrem seu patrimônio, mas não pode fazê-lo em relação aos bens públicos estaduais e municipais. Fácil imaginar-se o ônus que tal imposição representara para os grandes Municípios, em que as favelas invadem espaços públicos desordenadamente e em que teria que ser assegurado a todos os invasores outro imóvel urbano ou rural. A aplicação da medida é praticamente impossível sem a destinação de recursos públicos a essa finalidade.⁸⁷

A arguição de inconstitucionalidade, no entanto, não merece prosperar. Em primeiro lugar porque o art. 183 da Constituição prevê que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos. Ou seja, não há aqui qualquer faculdade imposta pelo constituinte originário, mas em uma obrigatoriedade de reconhecimento da concessão, independentemente da titularidade do bem.

Por conseguinte, a União nada mais fez do que respeitar o art. 24 da Constituição disciplinando a regra geral através da Medida Provisória 2.220 e fazendo valer ainda o comando constitucional presente no art. 183. Dessa forma, e em segundo lugar, os outros entes da federação podem estabelecer outras hipóteses de incidência e prazos diversos, fazendo prevalecer a norma federal em caso de omissão, na forma do art. 24, §§ 1º e 2º da CF/88. O que a Constituição veda é a não concessão de uso quando atingidos os requisitos estabelecidos em lei.

A interpretação da Constituição deve ser um todo harmônico⁸⁸ que atinja ao máximo todos os preceitos constitucionais. A Medida Provisória 2.220 cumpre, assim, o art. 183 e ainda o art. 6º, através do reconhecimento da posse como instrumento para a garantia do direito à moradia. Ademais, como a ocupação se dá, em regra, por parte da população de baixa renda, a Medida Provisória em referência cumpre ainda o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, disposta no art. 3º, III da Carta Magna.

⁸⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 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. Art. 3º Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1º e 2º também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm >. Acesso em 16.abr. 2011.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

⁸⁸ A respeito do tema, Luís Roberto Barroso: “O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas (...). Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303-304.

Portanto, a obrigatoriedade de os Estados e Municípios outorgarem a concessão decorre da própria Constituição e não da Medida Provisória, inclusive porque o art. 5º, XXIII da CF, impõe a todas as propriedades, privadas ou públicas, federais, estaduais ou municipais, a observância da função social da propriedade. Então, na medida em que a MP 2.220 está fazendo valer o direito fundamental à função social da propriedade e os demais preceitos supramencionados, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade formal da mesma.

5. ANÁLISE CASUÍSTICA E TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Este capítulo se destina a expor um caso ilustrativo referente à ocupação de bem público, onde se discute a aplicação da Medida Provisória 2.220. O caso foi selecionado do Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e ainda não foi julgado pelo juízo de primeira instância.

Após a exposição, analisaremos a chance de procedência do pleito através da tendência jurisprudencial de alguns Tribunais selecionados.

5.1. Caso: Assistidos da Defensoria X Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro (Ação Ordinária para Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia nº. 0040517-93.2010.8.19.0001)

Trata-se de ação ordinária para concessão de uso especial para fins de moradia, proposta na modalidade coletiva pelos ocupantes do bem público objeto do litígio, patrocinada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em face do Rioprevidência, titular do bem.

Os autores da demanda em questão ocuparam, em meados da década de 80, um imóvel abandonado (terreno baldio), que não contava com nenhuma construção ou infra-estrutura, sendo inclusive área com mato, lixo, e até mesmo ossos humanos.

Os autores são pessoas de baixa renda e, de boa-fé, ingressaram no imóvel sem saber que o mesmo possuía qualquer titularidade, em razão do abandono. Com a ocupação, construíram sistema de água, esgoto e luz, após requisição à LIGHT para a instalação de luz e postes. Veja-se que o imóvel, antes abandonado, passou a exercer verdadeira função social, através da oportunidade de moradia de pessoas carentes.

À época da ocupação, o imóvel pertencia ao Estado do Rio de Janeiro, fato este que só foi descoberto pelos moradores anos depois da ocupação. No entanto, mesmo após o conhecimento por parte do Estado da ocupação do imóvel pelos autores, não houve qualquer oposição deste quanto à permanência das pessoas no local. Vinte anos depois, o imóvel foi transferido pelo Governo do Estado para o Fundo Único de Previdência Social- Rioprevidência, então denominado réu da ação.

A transmissão da propriedade só foi descoberta pelos autores no ano de 2002, quando o Rioprevidência começou a notificá-los extrajudicialmente para que os mesmos desocupassem o imóvel. Os possuidores compareceram ao Rioprevidência em busca de esclarecimentos, quando descobriram a transferência do imóvel feita pelo Governo do Estado.

O réu alegava erroneamente que no local havia um prédio que foi invadido pelos moradores, fato este que não se coaduna com a realidade, já que o imóvel estava abandonado.

Os funcionários do órgão pressionaram os autores a assinar contratos obrigando-os a pagar taxa de ocupação, alegando que, caso não o fizessem, seriam expulsos de suas casas. Em razão da impossibilidade de os assistidos pagarem as referidas taxas, eles continuaram no local e a sua permanência ensejou a ajuizamento de ações individuais de reintegração de posse pelo Rioprevidência.

Houve, então, o ajuizamento de demanda visando à concessão de uso especial para fins de moradia com pedido de antecipação de tutela, na modalidade coletiva.⁸⁹ A demanda se pautou na alegação de que a concessão é ato administrativo vinculado quando preenchidas as exigências da Medida Provisória 2.220, bem como na demonstração do cumprimento dos requisitos necessários, sendo eles: temporal, territorial, finalístico e patrimonial.

No tocante ao requisito temporal, os autores comprovam, através de documentos anexos à inicial, que estão ocupando o bem desde a década de 80, então cumprem com o requisito temporal exigido pela referida Medida Provisória, que é de cinco anos ininterruptos concluídos até 30 de junho de 2001.

Acerca do requisito territorial, insta a observação do art. 2º da MP 2.220 que trata da modalidade coletiva. A área objeto deve ser superior a 250m², sendo que cada possuidor não pode ocupar uma área superior àquela, conforme dispõe o § 3º do referido artigo. Ambas as exigências estão preenchidas, pois através da certidão do Registro de Imóveis, apresentada na inicial, a área total do terreno é de aproximadamente 400m². Não é possível, no entanto, identificar ao certo a área ocupada por cada possuidor, já que eles dividem o mesmo, mas é certo que cada área é menor que 250m², pois na mesma área residem doze famílias. Vale salientar que a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor está disposta no *caput* do supramencionado artigo.

O terceiro requisito diz respeito à finalidade do imóvel para as famílias. O art. 2º exige que o imóvel seja utilizado para fins de moradia, o que vem sendo feito pelos moradores do local, sendo certo que todos são pessoas de baixa renda, com um grande número de trabalhadores informais e empregadas domésticas.

⁸⁹ A única decisão interlocutória proferida até o momento foi no dia 18 de fevereiro de 2010: “1. Defiro gratuidade de justiça. 2. Esclareça a parte autora acerca da ação de reintegração de posse existente mencionada, informando em qual Juízo tramita e, se possível, seu andamento”. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.001.037832-0>>. Acesso em: 18.abr. 2011.

Finalmente, no que diz respeito ao requisito patrimonial, os possuidores não podem ser proprietários ou concessionários de outro imóvel. Este mandamento também está preenchido, já que os moradores não são titulares ou concessionários de qualquer outro bem, conforme comprovação do 5º Ofício de Registro e Distribuição arrolado nos autos.

Existe ainda a necessidade do pedido anterior à Administração Pública para concessão de uso especial para fins de moradia, na forma do art. 6º da MP 2.220 e só no caso de recusa ou inércia poderá haver a demanda judicial. O caso em tela, no entanto, aponta para uma desnecessidade do pedido administrativo, na medida em que a negativa do pedido de concessão de uso especial para fins de moradia resta evidente através da atitude do réu, principalmente com o ajuizamento de ações de reintegração de posse.

Verifica-se, portanto, que os requisitos foram devidamente demonstrados na inicial. Resta agora analisar a chance de procedência do pleito através da análise jurisprudencial.

5.2. A evolução da jurisprudência

Para análise da jurisprudência foram selecionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais de todas as regiões, bem como dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - pelo fato do caso ser de procedência deste local - e do Rio Grande do Sul.

As decisões são relativas a casos semelhantes à ação ordinária supramencionada e foram levantadas a partir de 1988, ano de promulgação da atual Constituição, que instituiu o conceito da função social da propriedade. As palavras-chave utilizadas na pesquisa foram “reintegração de posse”, “bem público”, “concessão de uso” e “moradia” e os julgados foram analisados entre os meses de fevereiro e abril de 2011.

Pelo que se vislumbra das decisões coletadas até meados de 2001, não havia qualquer discussão acerca da função social da propriedade, ainda que tal função social fosse verdadeira cláusula pétrea constitucional, já que diz respeito a direito individual fundamental presente no art. 5º da Carta Magna. Percebe-se que a procedência do pedido era conferida ao titular do bem, quando este era autor da demanda, e a improcedência ao ocupante, quando este ajuizava a ação para reconhecimento de sua posse, independentemente da observância do art. 5º, XXXIII, CF/88.

O acórdão selecionado para expor o entendimento dos Tribunais até meados de 2001 é bastante semelhante ao caso exposto no item precedente, pois diz respeito à ocupação para moradia de várias famílias em bem pertencente ao Estado do Rio Grande do Sul. Por

unanimidade, o Tribunal do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº. 70000051904,⁹⁰ de relatoria do Desembargador Rubem Duarte, deu provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul para que os ocupantes retirassem suas casas do terreno. Vejamos a ementa e trechos do relatório e do voto:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE JULGADA IMPROCEDENTE. IMÓVEL PERTENCENTE AO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DA LEI, CRIAÇÃO RESULTANTE DA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO, VISANDO SAIR DO ESTADO DE NATUREZA. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MESMO TENDO EXPLICITADO A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, COEXISTE HARMONICAMENTE COM O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSE RESULTANTE DE MERA TOLERÂNCIA DO ESTADO. BENS PÚBLICOS NÃO GERAM DIREITO À POSSE E SÃO INSUSCETÍVEIS DE USUCAPIÃO. PRESENTE O ESBULHO, E AS DEMAIS CONDIÇÕES DO ART. 927 E INCISOS DO CPC, CABE A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, SEM DIREITO A RETENÇÃO DE BENFEITORIAS POR FALTA DE POSSE DE BOA-FÉ, PODENDO, OS DEMANDADOS RETIRAREM AS CASAS QUE CONSTRUIRAM. RESTANTE DO APELO PREJUDICADO. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO E APELO PROVIDO. UNÂNIME.

1. Os réus, Rubem Mário Martins Rodrigues e Jeremias Chiabique Rodrigues, contestaram (fls. 41/43) afirmando que por não terem condições de adquirir suas casas o Prefeito autorizou o assentamento no imóvel, que parecia ser de posse de Manoel José Veleda. Alegaram que a época outros já haviam se instalado no local. Requereram o reconhecimento do direito de retenção dos imóveis e indenização por benfeitorias.
2. Os réus, João Hermínio Maciel e Santa Guilhermina Maciel, também contestaram (fls. 49/51) afirmando que após uma enchente foram alojados no imóvel pela Prefeitura e que lá residem há mais de 30 anos. Alegou, ainda, que o Estado não comprovou a sua posse anterior, requisito necessário à procedência da ação de reintegração de posse. Requereram a improcedência da ação e o benefício da assistência judiciária gratuita.
3. Constituição, Código Civil e Código de Processo Civil coexistem de forma harmônica, mesmo ante a supremacia da Carta Magna. Embora tenha aquela explicitado a função social da propriedade, não autorizou o direito a invasão. Este é tido como esbulho. Além

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Vigésima Câmara Cível. AC nº. 70000051904. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelados: Sucessão de Ilda Corrêa Fernandes e outros. Rel. Des. Rubem Duarte. Rio Grande do Sul, 13 de junho de 2001, DJ 10.08.2001, unânime.

disso, os bens públicos são insuscetíveis de posse ou usucapião resultante dessa.

4. (...) dou provimento ao recurso de apelação, ficando os apelados autorizados a retirarem as casas que construíram no terreno. A posse existente não pode ser considerada de boa-fé nos termos do Código Civil. Por isso descabida a indenização por benfeitorias. (Grifou-se).

No caso em questão, as famílias ocupavam o imóvel há mais de trinta anos e o Estado não comprovou a sua posse anterior. Mesmo diante dessa situação, o Tribunal não debateu o direito à moradia, como conseqüente realização do conceito de função social. De acordo com o relator, o respeito à lei faz com que um maior número de pessoas tenha uma vida melhor e, por esta razão, ainda que exista uma preocupação com o direito à moradia (argumento este utilizado pelo juiz de primeiro grau para julgar improcedente a ação proposta pelo Estado), a disposição legal vigente não pode ser desconsiderada.⁹¹

A situação de fato exercida pelos moradores foi pormenorizada em detrimento dos dispositivos presentes no Código Civil. As regras do Código Civil foram, portanto, elevadas à condição de norma constitucional, já que foram ponderadas e sobrepostas em relação ao conceito da função social, disposto na Constituição.

É certo que ao Poder Judiciário incumbe interpretar de forma harmônica a Constituição e as normas infraconstitucionais vigentes, mas também não pode fazer de tal forma que as dissocie totalmente da Carta Superior. Ao prover o recurso do Estado, o Tribunal reconhece, em última análise, que o bem público não se submete ao conceito de função social, principalmente pelo destaque no acórdão à Súmula 340 do STF.⁹²

No mesmo sentido é o julgamento da Apelação Cível nº. 0022881-06.1999.8.190000 do TJRJ,⁹³ no qual o apelante ocupava o imóvel, de forma mansa e pacífica há mais de

⁹¹ Nas palavras do relator: “Assim que a justiça é um compromisso do Estado-Juiz, mas respeitando o ordenamento jurídico. Se fomos observar, verificaremos que nas sociedades democráticas onde mais se cultua a lei, é exatamente onde melhor se vive (...) apreciando o fato em si, vejo que os réus ocuparam de forma irregular a área em disputa, tendo sido notificados para a desocupação. A posse até agora exercida não passou de mera tolerância do Estado. Desatendida a notificação, ficou caracterizado o esbulho. A precariedade caracteriza a ocupação. Não se convalida jamais, porque mantém o caráter com que foi adquirida (art. 492 do Código Civil - referente ao Código de 1916)”.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 30.abr. 2011.

⁹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Segunda Câmara Cível. **AC nº. 0022881-06.1999.8.190000**. Apelante: Wilson de Carvalho Alves. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Rel. Des. Alexandre H.P. Varella. Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2000, DJ 10.04.2000, unânime. Da mesma forma são os seguintes acórdãos: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, Quarta Turma. **REO nº 98.02.18702-0**. Recorrente: Primavera Moraes de Aquino. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Rel. Des. Guilherme Couto. Rio de Janeiro, 26 de maio de 1999, DJ 20.01.2000, unânime; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Décima

quarenta anos em imóvel pertencente ao Município. O acórdão reconheceu a boa-fé do ocupante, mas inadmitiu a proteção possessória por parte do Estado em bem caracterizado como público.

A partir de 2001- não obstante a existência de diversos acórdãos ainda resistentes à discussão acerca da função social no bem público⁹⁴ - principalmente com o advento da Medida Provisória 2.220 utilizada em matéria de defesa, a função social começa a ser discutida também nos casos que envolvam bens públicos. Vejamos a ementa e trechos do voto do acórdão prolatado na 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:⁹⁵

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL
PARA FINS DE MORADIA COMO MATÉRIA DE DEFESA.
POSSIBILIDADE.

Nona Câmara Cível. **AC nº. 70000144709**. Apelante: Rogério Oliveira Porto. Apelado: Município de Pelotas. Rel. Des. Mário José Gomes Pereira. Rio Grande do Sul, 16 de novembro de 1999, DJ 10.12.1999, unânime; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Terceira Turma. **AC nº. 90.01.04014-4**. Apelantes: Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e Luzia Maria de Lucena. Apelados: os mesmos. Goiás, 30 de outubro de 1991, DJ 18.11.1991, unânime.

⁹⁴ Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão, cujo grifo é nosso: ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. INAPLICABILIDADE. 1. Como se depreende da interpretação sistemática dos incisos XXII a XXV do art. 5º da Constituição, o inciso XXIII, ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social”, se refere à propriedade privada, impondo o que alguns autores chamam de deveres sociais ao direito de propriedade, outrora concebido como absoluto e estritamente individual. Descabido, porém, invocar o dispositivo para reconhecer a função social da posse e permitir que particulares continuem a ocupar irregularmente o Jardim Botânico, bem do domínio público (Lei nº 10.316, de 6.12.2001), pois isto representaria repudiar a destinação legal do bem, voltada, ex auctoritate legis, ao bem-comum. 2. Além disso, sobre os bens públicos não há posse jurídica senão quando o seu uso é concedido segundo lei específica. A mera detenção, ou ocupação, ainda quando permitida e não clandestina, é sempre a título precário. 3. Recurso e remessa providos. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, Quinta Turma Especializada. **AC nº 1986.51.01.922901-9**. Apelante: União Federal. Apelado: Harmonia Guarnido Caetano. Rel. Des. Luiz Paulo S. Araújo Filho. Rio de Janeiro, 21 de março de 2007, DJ 04.05.2007, unânime). E ainda os seguintes julgados: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, Quinta Turma Especializada. **AC nº. 1999.51.01.001535-2**. Apelantes: Neuza Maria de Abreu da Silva e União Federal. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. Rio de Janeiro, 25 de abril de 2007, DJ 06.08.2010, unânime; RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Cível. **AC nº. 0161365-32.1998.8.19.0001**. Apelantes: Adriana Pereira da Silva e outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Rel. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede. Rio de Janeiro, 16 de março de 2010, DJ 06.08.2010, unânime; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. **REsp 863.939**. Recorrente: Claudemir de Oliveira Rego. Recorridos: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA. Rel. Min. Eliana Calmon. Rio de Janeiro, 04 de novembro de 2008, DJ 24.11.08, unânime.

⁹⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Terceira Câmara Cível. **AI nº. 0016135-73.2009.8.19.0000**. Agravante: Carlos da Costa Silva. Agravado: RioPrevidência. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 15 de julho.2009, DJ 03.08.2009, unânime. Nesse sentido está o seguinte julgado: Apelação. Ordinária. Concessão real de uso de bem público. Municipalidade que não deu função social à propriedade dominical sua e pretende desalijar família de baixa renda, que ocupou imóvel abandonado. Sentença de Improcedência. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Terceira Câmara Cível. Apelação nº. 2006.001.44440. Apelante: Município do Rio de Janeiro. Apelado: Geralda de Paula. Rel. Des. Antônio José de Azevedo Pinto. Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2006, DJ 11.01.2007, unânime). E ainda: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Quarta Turma. **AC nº. 2001.04.065530-3**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelados: Waldir Neves e outros. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Paraná, 11 de junho de 2008, DJ 09.09.2008, unânime; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Cível. **AC em MS nº. 2003.001.12618**. Apelante: Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Irene de Bessa Lima e outro. Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos. Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2004, DJ 02.07.2004, unânime.

O juízo de primeiro grau entendeu que, em razão do disposto no § 3º do art.183 da Constituição da República, desnecessária a colheita de provas. O dispositivo em comento diz respeito à impossibilidade da configuração da usucapião sobre bens públicos, o que em momento algum foi pleiteado nestes autos. O que aqui se alega é o preenchimento dos requisitos para concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001).

O possuidor, em tais casos, tem direito subjetivo à prática do ato, desde que preenchidos os requisitos apontados na lei, e por isso mesmo a atuação da Administração nessa hipótese é indubitavelmente vinculada, não se lhe permitindo qualquer avaliação de mérito quanto à conduta a ser efetivada.

A sentença que reconhecer a existência do direito tem cunho declaratório, assim como a usucapião. Ambos os institutos podem ser reconhecidos como matéria de defesa, justamente por constituírem direito subjetivo do possuidor.

Não há como subtrair do réu o direito de demonstrar que se enquadra na hipótese mencionada, o que só conseguirá através de dilação probatória. Provimento do recurso.

1. O imóvel objeto de reivindicação localiza-se em bairro distante cerca de 70 km da sede da RIOPREVIDÊNCIA, em local carente e de pessoas humildes, sendo desconhecido seu proprietário; (ii) em março de 1990, o agravante, juntamente com outras pessoas, invadiram o terreno e ali construíram casas humildes para sua moradia, sem sofrer qualquer objeção, lá residindo mansa e pacificamente como se donos fossem, conferindo função social ao terreno;

2. A Constituição traçou, nos artigos 182 e 183, as regras fundamentais sobre a política urbana. Em tais dispositivos, o Constituinte evidenciou a preocupação quanto ao destino das cidades, conferiu ao Poder Público competência para instituir e preservar a ordem urbanística e vislumbrou medidas de inegável alcance social, permitindo o acesso a alguns direitos fundamentais por populações de baixa renda.

3. A fim de que não seja reconhecido o cerceamento de defesa nos presentes autos, dou provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida. (Grifo Nosso).

O acórdão destacado é interessante, pois além de afirmar a função social do bem público, na medida em que este possa alcançar direitos fundamentais à população de baixa renda, assevera que a concessão de uso especial para fins de moradia é ato administrativo vinculado, impossibilitando qualquer avaliação do mérito por parte da Administração quando preenchidos os requisitos da Medida Provisória.

Interessante observar o julgado em que são partes famílias de baixa renda ocupantes de um imóvel destinado à moradia e o Município do Rio de Janeiro. Os posseiros apelaram da sentença de primeiro grau que reconheceu a inconstitucionalidade formal da Medida

Provisória 2.220. O relator arguiu que a tese de inconstitucionalidade não deveria prosperar, principalmente porque a Medida veio para cumprir “justo programa constitucional, Direito de Moradia para os menos favorecidos em regime de concessão de uso especial e gratuita”.⁹⁶ Foi reconhecido que, pelo fato de os autores reunirem os requisitos para a concessão, ficaria afastado qualquer ato de turbação do Estado e, então, a apelação interposta pelos posseiros foi provida.

Ainda no tocante às decisões proferidas após a edição da Medida Provisória 2.220, podemos destacar dois acórdãos que discutem a função social da propriedade sem que a parte tenha se utilizado do novel instituto para caracterização de sua posse. Na Apelação Cível 0067370-74.2009.8.21.7000 do Rio Grande do Sul,⁹⁷ o Tribunal, por maioria, permitiu que os réus permanecessem no imóvel público que ocupam desde 1996.

A decisão assinala que ainda que seja garantido o direito de propriedade, este não é absoluto e deve atender a outros mandamentos constitucionais, tal como a função social da propriedade. Destaca ainda: “Com efeito, o objeto da jurisdição, na moderna concepção do Direito, basicamente voltada ao pensamento constitucionalizado, deixa de ser a lei enquanto legalismo puro e se volta ao Direito como um todo (assim entendido como norma de conteúdo valorativo)”. Assim, o papel do juiz é de servir aos princípios, de forma a abandonar a atuação meramente legalista. A reintegração de posse significaria, portanto, uma medida extrema que agrediria o ser humano na sua dignidade.

Atente-se para a evolução do papel do juiz observada neste acórdão em comparação ao primeiro julgado selecionado também do Rio Grande do Sul, que demonstra nítida preocupação com o estrito cumprimento da lei. Ao revés, o acórdão supramencionado assegura a observância dos princípios por parte do magistrado, muito além da atuação positivista. Aqui há, de fato, uma leitura do Código Civil à luz da Constituição e não o contrário.

O segundo acórdão, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,⁹⁸ ao discutir a ocupação de famílias em área de preservação permanente, assevera que não há direito

⁹⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Primeira Câmara Cível. **AC nº. 0350714-05.2008.8.19.0001**. Apelantes: Paulo da Silva e outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Rel. Des. Adolpho C. de Andrade Mello Jr. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009, DJ 12.05.2010, unânime.

⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Décima Sétima Câmara Cível. **AC nº. 0067370-74.2009.8.21.7000**. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelados: Adão Eduardo Rodrigues de Souza e outros. Rel. Desa. Bernadete Coutinho Friedrich. Rio Grande do Sul, 03 de dezembro de 2009, DJ 10.12.2009, por maioria, vencida a relatora.

⁹⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Terceira Turma. **AC nº. 2005.04.01.020586-8**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Nacional. Apelados: Waldir Neves e outro. Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Santa Catarina, 15 de setembro de 2009, DJ 05.11.2009, por maioria: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE. DIREITO À MORADIA. DIGNIDADE

constitucional absoluto (direito à moradia x direito ao meio ambiente hígido), então para que ambos sejam tutelados, o Estado poderá demolir as construções irregulares, desde que designe moradia alternativa às famílias.

5.3. Chance de êxito do caso selecionado

Pelo que se vislumbra da análise jurisprudencial, a questão da função social da propriedade não era discutida até meados de 2001 quando as ações de reintegração de posse envolviam bens públicos. As causas eram julgadas em benefício do titular do bem, ou seja, o Poder Público, em razão da impossibilidade de prescrição aquisitiva dos bens públicos.

A partir de então, surge a Medida Provisória 2.220, que introduz a concessão de uso especial para fins de moradia no ordenamento pátrio, como forma de resolver o problema das áreas públicas ocupadas irregularmente. Desta forma, é possível afirmar que, ao criar mecanismos para regularizar a ocupação de áreas públicas às populações de baixa renda que concedem destinação social ao bem, os acórdãos começam a discutir a aplicação do princípio da função social em detrimento do titular do bem. Então, o pensamento meramente civilista e distante do ditame constitucional cedeu lugar para a afirmação de que os bens públicos, ainda que não possam ser usucapidos, têm sua função social exercida pelos concessionários.

Nesse sentido, os autores da ação ordinária selecionada têm grandes chances de obter sucesso na ação, principalmente porque o Poder Público não estava exercendo qualquer função social no bem. Ademais, pelo que foi visto na jurisprudência, os Tribunais já reconhecem que quando o titular cumpre os requisitos exigidos na Medida Provisória 2.220 há, incontestavelmente, direito subjetivo à concessão e, conseqüentemente, ao reconhecimento de sua posse.

PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO DO MEIO. DESIGNAÇÃO DE NOVO LOCAL PARA HABITAÇÃO DA FAMÍLIA. Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, havendo embate entre o direito fundamental difuso ao meio ambiente hígido e o direito fundamental à moradia, que perpassa pela dignidade da pessoa humana, em que pese a prevalência geral do primeiro, porque sensível e afeto a toda a coletividade, há casos da prevalência deste, afim de garantir o mínimo existencial no caso concreto. Trata-se de prevalência, jamais total subrogação de um sobre o outro (...).

6. O RETROCESSO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220

Apesar do progresso que pode ser analisado a partir da edição da Medida Provisória com a introdução da discussão acerca da função social da propriedade nos bens públicos nos Tribunais, houve um “retrocesso” do referido diploma legal ao delimitar a concessão de uso especial para fins de moradia apenas para o possuidor que ocupar o bem “até 30 de junho de 2001”.

A justificativa para tal delimitação pode ser analisada nas razões do veto dos artigos 15 a 20 do Estatuto da Cidade. De acordo com o ex-presidente (Fernando Henrique Cardoso) deve haver uma data limite para aquisição do direito à concessão de uso especial, pois o instrumento só é justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares geradas em décadas de urbanização desordenada. Tal justificativa, no entanto, apresenta uma preocupação meramente organizacional da cidade, para que não haja uma legalização dos “cortiços” em imóveis públicos, como assevera o Presidente.

A defesa da tese sustentada nesta monografia não se pauta no consentimento com todas as ocupações de bens públicos, principalmente com aquelas decorrentes de má-fé, mas prioriza a importância social da MP 2.220, que concretiza o reconhecimento social da posse e efetiva o direito à moradia. Por que, afinal, o indivíduo que completa cinco anos de ocupação mansa e pacífica em imóvel público abandonado para fins de moradia em 2002, por exemplo, não está exercendo a função social exigida pela Constituição?

Este capítulo se destina a expor os fundamentos para o não reconhecimento da delimitação temporal imposta pela Medida Provisória 2.220.

6.1. A observância da força normativa da Constituição

Konrad Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição”, demonstra que a Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca em caso de eventual conflito e nem apenas um pedaço de papel, como denota Lassalle. Segundo o autor, ainda que a Constituição não possa realizar nada sozinha, ela pode impor tarefas, pois configura a expressão de um ser e também de um dever ser.⁹⁹

Nesse sentido, a aplicação cega da lei deve ceder espaço para a hermenêutica que busca congrega a máxima observância dos mandamentos constitucionais. De acordo com

⁹⁹ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 25.

Canotilho,¹⁰⁰ o princípio da força normativa da Constituição deduz que para a solução dos problemas jurídicos deve prevalecer os pontos que busquem uma eficácia ótima da lei fundamental. Dessa forma, imprescindível a adoção das soluções que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a atualização normativa, garantindo a sua eficácia e permanência.

Em outros termos, a força normativa da Constituição¹⁰¹ exige que o juiz adote a solução que conceda a maior eficácia jurídica possível às normas constitucionais, ou seja, que atenda aos anseios da Carta Superior. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:¹⁰²

A constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Consolidando este entendimento, o juiz Ricardo Coimbra da 13ª Vara de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, proferiu uma decisão interpretando o artigo 183, § 3º da Constituição de forma restritiva, e dispondo que pode haver usucapião do direito de uso de bem público de forma a atribuir a máxima eficácia ao direito de moradia aos moradores da Vila Recreio II. Vejamos a decisão cujo grifo é nosso:¹⁰³

No dia 11/04/2011 este Juízo determinou a suspensão imediata da demolição das casas da Comunidade Vila Recreio II (...). O artigo 183, § 3º, da Constituição da República diz que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Trata-se de uma cláusula restritiva de direitos, motivo pelo qual deve ser interpretada de forma restritiva. Assim, a proibição constitucional não impede a usucapião do direito de uso ou de superfície do bem imóvel. O direito de uso e o direito de superfície não importam na aquisição do bem. Uma coisa é adquirir o bem público, outra coisa é adquirir um direito sobre esse bem. Portanto, nada impede a usucapião do direito de uso ou de superfície de bem público. Até porque a Constituição garante direito à moradia, o direito à segurança jurídica quanto ao ato jurídico perfeito e a justa e prévia indenização. A Constituição também garante o direito à usucapião. Esta garantia, por sua vez não faz restrição quanto à usucapião de direitos como o de uso e superfície. Tanto é que o § 1º do art.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op cit.*, p. 1224.

¹⁰¹ Vale salientar que a força normativa da Constituição, bem como o princípio da máxima efetividade, são reconhecidos no âmbito do STF. A título de exemplificação vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Reclamação 6568**. Rel. Min. Eros Grau. Reclamante: Estado de São Paulo. Reclamado: Relator da ação cautelar nº. 814.597-5/1-00 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 21 de maio de 2009, DJ 25.09.2009, unânime.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

¹⁰³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Terceira Vara de Fazenda Pública. **Ação civil pública nº. 0416182-42.2010.8.19.0001**. Autor: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Réu: Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 18 de abril de 2011, DJ 29.04.2011.

183 dispõe que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. A Constituição, portanto, reconhece a concessão de uso. Essa cláusula que estende uma garantia não pode ser interpretada de forma restritiva para se aplicar a usucapião somente aos bens privados. O Min. Luiz Felipe Salomão, no julgamento que admitiu a possibilidade de estender as garantias da união estável aos relacionamentos homoafetivos se baseou na tese de que uma cláusula que estende um direito, como ocorre com o art. 226, § 3º da CRFB, não pode ser interpretada restritivamente à união entre homem e mulher. Uma cláusula extensiva de direito não pode impedir a aplicação da analogia para situações semelhantes. A democracia impõe a proteção de todas as minorias. Não só aquelas que possuem poder político e econômico merecem proteção. Principalmente aquelas que não têm força econômica e política para defender seus direitos, também merecem a proteção do Poder Judiciário. O art. 10 da Lei nº 10.257/2001 permite a usucapião coletivo (...). Este artigo pode ser aplicado de forma analógica para viabilizar a usucapião do direito de uso ou superfície de bens públicos.

Para garantir a força normativa da Constituição, especificamente no tocante ao disposto no art. 183, § 1º, bem como no art. 6º da Constituição, faz-se necessário garantir a concessão de uso especial para fins de moradia a todos os indivíduos, independentemente de qualquer data, já que a Carta Superior não fez qualquer delimitação temporal. Neste mesmo sentido, explica Luiz Carlos Alvarenga:¹⁰⁴

A eficácia social da concessão de uso especial para fins de moradia seria maior não fosse o limite temporal de cinco anos estabelecido no art. 1º da MedProv 2.220/2001, limite este que expira em ‘30.06.2001’(...) A Constituição trouxe em seu bojo princípios que são instrumentos balizadores para interpretação e aplicação das relações jurídicas, devendo todos os institutos invariavelmente estar em consonância com eles (...). Uma interpretação condizente com os princípios constitucionais é no sentido de exigir, a exemplo do que ocorre na usucapião especial urbana, apenas cinco anos de posse ininterrupta, sem a necessidade de completar esses cinco anos até ‘30.06.2001’. O limite temporal estabelecido pelo art. 1º da MedProv 2.220/2001 é deveras desarrazoado e não encontra fundamento no ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

A concessão de uso especial de moradia veio para atingir o disposto no art. 183, § 1º e, principalmente, para garantir o direito à moradia dos ocupantes de áreas públicas. Então, na busca de melhor otimizar a eficácia social dos referidos preceitos, a não delimitação da data “até 30.06.2001” da Medida Provisória 2.220/01 é a forma de se conferir aos dispositivos supramencionados a sua máxima efetividade, de forma a não estipular restrições que reduzam o seu alcance.

¹⁰⁴ ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. **Revista de Direito imobiliário**, ano 31, nº. 65, jul./dez., 2008, p. 65.

Defendemos, portanto, que o limite temporal deve ser considerado uma norma não escrita e não pode ser aplicado em benefício à máxima efetividade do direito fundamental à moradia, consagrado na Constituição.

6.2. A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

De acordo com a nossa Constituição, em seu art. 4º, II, a República Federativa do Brasil é regida pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.¹⁰⁵ Ademais, assegura, no art. 5º, § 2º, que os princípios por ela adotados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desta forma, não só no âmbito interno, mas também perante organismos internacionais, o Estado é obrigado a atender e proteger o direito à moradia, pelo fato deste estar presente em diversos tratados dos quais o Brasil é signatário, como, por exemplo, o Protocolo de *San Salvador* (Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁶ (ONU), sendo este último ratificado pelo Decreto 591 de 6 de julho de 1992, dispendo no seu art. 11º, *in verbis*:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim, como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso).

Ainda de acordo com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 4º:

Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática. (grifamos).

¹⁰⁵ De acordo com Flávia Piovesan: “A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40).

¹⁰⁶ Os artigos destacados do Pacto Internacional podem ser observados em: PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p 416 - 418.

A natureza do direito à moradia é de direito fundamental, então não se revela compatível com o disposto no Pacto a limitação ao exercício de um direito que proporciona ao indivíduo as condições mínimas para uma existência digna. Ademais, a sociedade democrática, segundo disposto no art. 1º da nossa Carta Superior, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, por conseguinte, o seu bem-estar não é atingido quando há uma redução de seus fundamentos basilares.

A provável consequência da negativa à concessão de uso especial para fins de moradia às pessoas que não completarem os cinco anos até a data estabelecida será a remoção dos ocupantes sem qualquer reconhecimento do direito à moradia, ainda que em local diverso como garante a MP em determinadas hipóteses. Com a falta de proteção da MP 2.220 e o estabelecimento de um “prazo de validade” é provável que a situação anterior volte a prevalecer de forma a não garantir qualquer direito aos ocupantes, em que pese as singulares decisões dos dois últimos acórdãos selecionados, nos quais os ocupantes não precisaram se utilizar da referida Medida Provisória para que fosse discutida a função social do bem público.

Caso a tese levantada realmente ocorra, haverá violação ainda maior dos dispositivos internacionais, tal como o Comentário Geral nº. 04 do Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,¹⁰⁷ que esclarece que não pode haver nenhum desalijado na condição de sem-teto, ou em situação de vulnerabilidade com relação aos direitos humanos, nos litígios envolvendo a moradia, mesmo quando legítimo o procedimento de despejo, devendo os Estados signatários providenciar todas as medidas necessárias para ofertar uma moradia alternativa, o reassentamento ou o acesso à terra produtiva.

Neste contexto, a segurança da posse é um requisito mínimo e pode ser construído pela garantia da concessão de uso especial para fins de moradia a todas as pessoas que comprovarem a posse mansa e pacífica no imóvel público há cinco anos, independentemente da data em que foi completado esse período. Os moradores têm direito ao reconhecimento de ter sua moradia intocada - quando atingidos os requisitos compatíveis com a Constituição e com o direito internacional - e protegida de eventuais remoções pautadas, notadamente, em mera disposição infraconstitucional que não observa os parâmetros internacionais.

¹⁰⁷ O Comitê Geral nº. 04 confere conteúdo normativo ao artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e está disponível em: < <http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 01.mai.2011.

6.3. O respeito ao princípio da igualdade

De acordo com o art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, “todos são iguais perante a lei”. Veja-se, que o poder constituinte originário iniciou o título “Dos direitos e garantias fundamentais” com destaque para o princípio da igualdade, que ganhou reforço também em outros dispositivos, tais como o art. 3º, III e IV, art. 7º, XXX e o art. 196.

O conceito de igualdade abarca a igualdade formal ou jurídica e a igualdade material ou real. A igualdade formal impossibilita a discriminação arbitrária e expressa a chamada “igualdade na lei”. Este termo, segundo Guilherme Peña de Moraes¹⁰⁸ significa que “a produção de regras não pode consubstanciar desigualdades não autorizadas pela ordem constitucional, destinada precipuamente aos órgãos legislativos”.

Neste sentido, a limitação temporal da Medida Provisória 2.220 viola a referida igualdade formal dos ocupantes que não completam os cinco anos até 30 de junho de 2001, uma vez que os demais ocupantes que estão na mesma situação terão o direito à concessão de uso especial para fins de moradia. A desigualdade é arbitrária, visto que a própria Constituição, em seu art. 183, § 1º não impõe a limitação temporal.

A igualdade material ou real é equiparada às políticas de ações afirmativas, que buscam efetivar a igualdade no tocante aos requisitos mínimos de subsistência humana. A Medida Provisória 2.220, neste sentido, visa transcender à igualdade meramente formal, com a efetiva redução das desigualdades sociais, através da concessão de moradia aos ocupantes que, na maioria dos casos, não têm condições de adquirir moradia própria. Tal igualdade, no entanto, foi atingida apenas em parte pela MP 2.220, tendo em vista que só é assegurada àqueles que cumprem a delimitação temporal estabelecida.

A propósito, as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, elaboradas durante o encontro de todos os Presidentes dos Tribunais Superiores e Constitucionais dos países do continente americano e Portugal e Espanha, na XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, em Brasília nos dias 04 a 06 de março de 2008, produziu o seguinte conceito de pessoas em situação de vulnerabilidade:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude, perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ MORAES, Guilherme Peña de, *op cit.*, p. 539.

O documento foi produzido pelo Poder Judiciário, para ele mesmo,¹⁰⁹ e tem o condão de interligar o direito de acesso à Justiça com o direito à igualdade e a não discriminação, com o objetivo de transformar o sistema judicial em meio capaz para a defesa efetiva dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade. “Pouca utilidade tem que o Estado reconheça formalmente um direito se o seu titular não pode aceder de forma efetiva ao sistema de justiça para obter a tutela do dito direito”, como se depreende na exposição de motivos das 100 Regras de Brasília.

Para a promoção da igualdade material, mister que se admita a proteção do vulnerável. A proteção da moradia em terrenos públicos foi concedida apenas à parcela dos vulneráveis e os outros que estão na mesma situação não recebem o mesmo tipo de tratamento. A premissa, portanto, de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades¹¹⁰ não está sendo cumprida. Na mesma linha do item 6.2, também o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, garante o direito à igualdade, na medida em que exige que todos os indivíduos sejam tratados sem discriminação alguma, na forma de seu art. 2º.

Os ocupantes que completam o período de cinco anos exigido pela Medida Provisória 2.220 após 30 de junho de 2001 sofrem discriminação direta, em razão da não aplicação de um instrumento de extrema importância para a redução das desigualdades sociais.

6.4. O princípio da supremacia da Constituição

Este último fundamento, em verdade, serve apenas como reforço aos argumentos expostos anteriormente, principalmente no que se refere ao princípio da igualdade e o respeito aos tratados internacionais, já que ambos estão expressamente consagrados no Carta Superior.

De acordo com o princípio da supremacia da Constituição, a Carta Magna é dotada de primazia e prevalece sobre o processo político majoritário, sendo este o poder constituinte

¹⁰⁹ Define-se que os “atores dos sistema de Justiça” são dos destinatários da norma, segundo a regra nº.24 das 100 Regras de Brasília: Serão destinatários das presentes Regras: a) os responsáveis pela concepção, implementação e avaliação de políticas públicas dentro do sistema judicial; b) os juízes, fiscais, defensores públicos, procuradores e demais servidores que laborem no sistema de Administração de Justiça em conformidade com a legislação interna de cada país; c) os advogados e outros profissionais do Direito, assim como os Colégios e Agrupamentos de Advogados; d) as pessoas que desempenham as suas funções nas instituições de ombudsman (provedoria); e) polícias e serviços penais; f) e, com caráter geral, todos os operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.

¹¹⁰ De acordo com o Supremo Tribunal Federal: “A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. **Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio**”. (grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau. Rondônia, 29 de novembro de 2007, DJ 07.03.2008).

derivado e as leis em geral. Assim, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição.¹¹¹

Em outros termos, na medida em que a Constituição é produzida pelo poder constituinte originário ela é hierarquicamente superior às demais espécies normativas (superioridade formal) e suas normas têm maior importância em comparação às outras (superioridade material).

Dessa forma, a justificativa para a implementação da limitação temporal, preocupada exclusivamente com questões governamentais e de organização da cidade, não deve prosperar em observância aos princípios e valores consagrados constitucionalmente.¹¹² A não aplicação da delimitação temporal imposta pela Medida Provisória 2.220 tem fundamento constitucional, o respeito ao princípio da igualdade, aos tratados internacionais e para garantia da máxima eficácia do direito fundamental à moradia. Por consequência, a efetiva aplicação da Medida Provisória sem a observância da data estipulada, garante a supremacia da Lei Maior.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

¹¹² Da mesma forma entende o STF: “Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da Constituição representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal (...). O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI 2010 MC**, Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 30 de setembro de 1999, DJ 12.04.2002).

CONCLUSÃO

A partir da adoção do novo modelo de dogmática jurídica, que é o neoconstitucionalismo, os princípios passam a ser considerados verdadeiras normas dotadas de imperatividade. O pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, além de incorporar valores na Carta Constitucional, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, atesta que os princípios devem nortear a atividade jurisdicional, já que são as normas mais importantes do direito positivo, ocupando assim, uma posição de centralidade.

Nesse sentido, a edição da concessão de uso especial para fins de moradia com a Medida Provisória 2.220, além de garantir o direito fundamental à moradia, presente no art. 6º da Magna Carta, aos ocupantes de bens públicos, contribuiu para atender um princípio de suma importância que deve ser observado tanto na propriedade privada, quanto na propriedade pública, em face do disposto no art. 5º, XXXIII da CF/88, que é o da função social da propriedade.

Como foi demonstrado, apenas com o advento da referida Medida foi possível constatar a discussão acerca do cumprimento da função social nos bens públicos, o que antes era rechaçado pelos Tribunais. E assim foi observado, no âmbito da jurisprudência, que também a propriedade pública não é plena, devendo atender aos conteúdos determinados pela Constituição. Daí decorre que, mesmo que a titularidade da propriedade seja do poder público, se este não cumprir sua função social não poderá ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

Os juízes, então, mudam o papel estritamente legalista e passam a ponderar qual decisão que atende melhor aos princípios e valores estampados na Constituição. Neste diapasão, foi visto que a preocupação dos magistrados passa a ser com a concretização do princípio da função social.

Houve, então, o reconhecimento de que a posse dos ocupantes, qualificada pela função social, é um direito, na medida em que viabiliza o direito fundamental à moradia e contribui para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o sujeito diretamente afetado, dito ocupante, passa a ser considerado como um fim em si mesmo, sendo retomada a ideia de Immanuel Kant e afastada a noção de que ele seria um meio para realização da finalidade estatal.

Apesar disso, o legislador não foi capaz de avaliar a importância da Medida Provisória 2.220 e garantiu a concessão de uso especial para fins de moradia apenas aos ocupantes que

atingissem os requisitos exigidos pelo instrumento até 30 de junho de 2001. Para garantir o direito à concessão a todos os ocupantes que atinjam os requisitos, independentemente da data estabelecida, utilizamos o princípio da força normativa da Constituição, como método próprio de interpretação constitucional, que exige do intérprete, principalmente nas questões que envolvam direitos fundamentais, a adoção da solução que forneça a maior eficácia jurídica possível às normas constitucionais envolvidas. É, portanto, diante deste princípio de hermenêutica constitucional que se revela imprescindível a aplicação da Medida Provisória 2.220 a todos os ocupantes que preencham os requisitos, sem a observância da data consignada, para a atribuição de maior eficácia ao princípio da função social e, em última análise, do direito à moradia.

Da mesma forma, para não haver discriminação, principalmente em respeito ao princípio da igualdade consagrado no *caput* do art. 5º Constituição, a limitação temporal da Medida Provisória 2.220 não deve ser considerada em respeito aos ocupantes que completaram os cinco anos após 30 de junho de 2001 e que estão na mesma situação daqueles que receberam o direito à concessão.

Foi levantada ainda a preocupação com a repercussão do direito à moradia no direito internacional dos direitos humanos, porque, na medida em que a Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil é regida pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e assegura que os princípios por ela adotados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, os tratados dos quais o Brasil é signatário não podem ser desconsiderados. Destacamos então, alguns tratados, como o Protocolo de *San Salvador* e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que trazem a baila o direito à moradia.

E, por fim, destacamos que a Constituição deve conduzir o processo de elaboração das leis e também o conteúdo que elas irão possuir. A supremacia da Constituição é, assim, um mecanismo pelo qual os princípios e direitos, destacados pelo poder constituinte originário, devem ser protegidos de eventuais normas infraconstitucionais que visem a burlá-los.

À guisa de conclusão é possível afirmar que o intérprete deve estar subordinado aos critérios que foram postos pela Constituição, sendo eles os valores e princípios que ela pretendeu que fossem observados. Adota-se aqui a postura de que a lei deve ser um instrumento de realização da justiça, como o faz a Medida Provisória 2.220, que deve continuar com tal poder sem delimitação temporal, para que a pessoa possa ser tutelada, muito além da tutela de sua posse.

À luz de tais considerações, pode-se afirmar que a proteção da função social da posse,

que antes não era observada nos litígios que envolviam bens públicos, hoje, ao reverso, graças à Medida Provisória 2.220, é considerada também para aplicação nos bens de titularidade do Estado. E ainda mais aplauso merecerá caso retire a delimitação temporal imposta para que se recupere o percurso anteriormente traçado com o intuito de proteger o homem em sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ALBURQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. **Revista de Direito imobiliário**, ano 31, n.º. 65, jul./dez., 2008, p. 62-75.

ALVES, Mauro Vinicius Duarte. **Função Social da Posse: reflexos concretos no ordenamento jurídico**. Foz do Iguaçu, PR: Livro Rápido, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direito Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n.º. 15, jan./mar., 2007, p. 1-31.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.

_____. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91.

_____. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. “Utilização compulsória da propriedade urbana”. In BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 179-228.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BRASIL. Medida Provisória nº 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/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: Abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: fev./abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Posse e Propriedade**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Adauto Lucio. “A cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 27-51.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. “O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53-69.

COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-15.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIANCOLI, Brunno Pandori. Novas Soluções Jurídicas para a Moradia no Brasil: breves notas sobre o Direito real de concessão de uso especial para fins de moradia e sobre os reflexos de sua introdução no código civil pela lei nº. 11.481/2001. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Rio de Janeiro, nº. 16, fev./mar., 2008, p. 83-85.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAZIA, Grazia de. “Reforma urbana e Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53-70.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. “Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 97-122.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIRA, Ricardo Pereira. “Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-15.

LOTUFO, Renan. “A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 336-351.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo: o pós-positivismo chega ao Brasil inaugura-se um constitucionalismo de transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Bahia, nº. 6, jun./ago., 2006, p. 1-11.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos reais**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Luiz Cesar Queiroz e CARDOSO; Aduino Lucio. “Plano Diretor e Gestão Democrática da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Aduino Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 103-118.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 31-68.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

TEIXEIRA, Paulo Luciano de Souza. A Medida Provisória 2.220/01 na Ótica da Função

Social da Propriedade. **Revista EMERJ**, v. 9, nº 36, 2006, p. 297-306.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2004.

_____ ; SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A.I. 598.360.402- São Luiz Gonzaga). **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, v. 9, nº. 17, ago/dez, 2000, p. 41-57.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº. 5, jan./jun, 2005, p. 50-61.

< http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=182231>. Acesso em: 10.abr.2011.

< www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15.abr.2011

< <http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 01.mai.2011

< <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/demograficas.html>>. Acesso em: 10.mar.2011

<http://www2.rio.rj.gov.br/smu/compur/pdf/PLC_0025_01-%20SUBSTITUTIVO%203%20-%20TEXT0%20DO%20PL.pdf>. Acesso em: 02.abr.2011