

TESE 01

Proponente: Núcleo de Habitação e Urbanismo

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

SÚMULA

A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, como instrumento jurídico da política urbana (art. 183, § 1º da CF/88, c/c art. 4º, inc. V, letra 'h' da Lei 10.257/01 c/c MP 2.220/01) é, mais do que um direito do cidadão, é um dever do Estado, eis que esta vinculada a uma política de desenvolvimento urbano que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes (182 da CF/88 c/c art. 2º, inc. I da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade). Assim, na medida em que se coloca como instrumento da política de desenvolvimento urbano, de fundamento constitucional e legal, sua aplicação não depende de previsão em leis municipais (nem mesmo no Plano Diretor) ou estaduais de regularização fundiária e urbanística, eis que decorre diretamente da disciplina constitucional específica, que nada mais é do que uma consequência do reconhecimento da função social da propriedade pública (art. 5º, inc. XXIII c/c art. 170, inc. III da CF/88). A sua aplicação, portanto, deve se resolver no esforço de superar as limitações e dificuldades da disciplina legal a fim de, enfrentados aspectos polêmicos, servir efetivamente como instrumento de promoção do direito à cidade sustentável, especialmente em relação a função do direito à terra e a moradia (art. 6º da CF/88).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E FÁTICA

Os assentamentos informais, de aparelhamento urbanístico precário, tem sido a alternativa de acesso a moradia dada a população de baixa renda, que se revela verdadeira compulsão, eis que se funda numa realidade de profunda exclusão sócio-territorial, que passa basicamente por uma aguda desigualdade na distribuição de renda, falta de políticas públicas de promoção do direito à moradia voltadas para a população pobre e pela especulação imobiliária, tudo de modo a perceber-se tal como ardiloso dispositivo de permanente indisposição com a condição digna da vida humana. Daí que o art. 183 da CF/88 e a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), cuidem de estabelecer os instrumentos jurídicos fundamentais da política urbana voltados a regularização fundiária, devem ser entendidos não só como ferramentas de uma reengenharia social vazia, mas plenamente preenchida de valores jurídicos fundamentais

Impõe-se, então, a intervenção do Estado no domínio econômico, através de instrumentos jurídicos de política urbana que promovam o acesso à terra, com a regularização fundiária e urbanística dos assentamentos informais, como forma de tentar resolver o problema do direito à moradia digna (art. 6º da CF/88), de modo a mais do que encaminhar a uma questão de justiça social (art. 3º, inc. I e III da CF/88), tentar responder ao desafio de defender a dignidade humana como direito fundamental (art. 1º, inc. III da CF/88).

A Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) estabelece, nessa toada, dentre os objetivos a serem atingidos para a realização do pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais (act. 2º, inc. XIV da Lei 10.257/01).

Dentre os instrumentos jurídico-urbanísticos postos a disposição pelo Estatuto da Cidade, a fim de incorporar a urbe clandestina a cidade legal está a concessão especial de uso para fins de moradia (act. 4º, inc. V, alínea 'h' da Lei 10.257/01).

A concessão especial de uso resta disciplinada, por sua vez, diante do veto aos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, pela Medida Provisória 2.220/01, estabilizada pela Emenda Constitucional 32/01.

Pela concessão especial de uso, aquele que, ou população de baixa renda, até 30 de junho de 2001, possuir 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 (art. 10 e 20 da MP 2.220/01).

Ocorre que tal instrumento de política urbana reserva ao operador do direito diversas surpresas, decorrentes de dificuldades que passam desde a constitucionalidade do próprio instituto, sua aplicação independente de disciplina própria dos entes federativos, sua caracterização como direito subjetivo, seu alcance temporal e sua jurisdicionalidade imediata.

Decerto, a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é Constitucional e não fere o princípio da imprescritibilidade dos bens públicos. Decerto, do fato de que os imóveis públicos não possam ser adquiridos através da usucapião não significa que a concessão de uso especial, como direito real limitado, não possa ser adquirido por força da prescrição aquisitiva.

Com efeito, é a própria Constituição que prevê a Concessão de Uso Especial, como instrumento da política urbana, na medida em que promove a regularização fundiária. Ora, se existe expressa previsão constitucional a respeito da concessão de uso especial, não é possível que ela não signifique nada. É forçoso reconhecer portanto que, excepcionalmente, a parte os imóveis públicos são serem passíveis de usucapião, é possível a prescrição aquisitiva de direitos reais limitados sobre bens públicos, em se tratando da concessão especial.

E assim é pois a Concessão de Uso especial para fins de moradia não é uma modalidade de usucapião de bens públicos, ele é um instituto distinto, que reconhece a função social da posse, de um lado, e a função social da propriedade pública, de outro.

Tampouco se possa dizer que a MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia fere o princípio da autonomia administrativa dos Estados e Municípios.

De fato, a aplicação da concessão de uso especial decorre diretamente da Constituição, sendo apenas a função da lei estabelecer normas gerais de aplicação do instituto, que desenvolve uma política pública.

Com efeito, é necessário que a lei federal desenvolva a concessão de uso especial como instrumento de política urbana de nível constitucional, de modo a conferir-lhe a uniformidade necessária para o funcionamento eficaz de uma política pública. Por sua vez, a concessão de uso especial não é ato discricionário da administração. Em verdade, tanto que reconhecida a existência dos seus elementos, a administração é obrigada a atuar no sentido de conceder o uso. A Concessão de uso especial para fins de moradia gera um direito subjetivo, de modo que o respectivo ato que a realiza é vinculado.

Não se diga, porém, por seu turno, que ainda que pudesse ser caracterizada a concessão de uso especial para fins de moradia como direito subjetivo, tal seria inexigível, a medida em que, para que pudesse o imóvel ser alienado, como bem público, deveria ser previamente desafetado, por lei específica.

Decerto, existe um regime jurídico próprio dos imóveis públicos ocupados por populações de baixa renda, cuja disciplina dispensa a prévia lei de desafetação para a alienação do imóvel, na medida exata em que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é instrumento de Política Urbana de nível constitucional.

A parte isto, é necessário apontar uma certa parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, ao limitar temporalmente seu alcance.

Com efeito, como instrumento jurídico-urbanístico posto a disposição para permitir a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, o objetivo da política de desenvolvimento urbano, que tem como objetivo a realização do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a garantia do bemestar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da CF/88, restaria comprometido, caso se assumisse tal limitação temporal.

Decerto, a consecução de uma política de desenvolvimento urbano que preze o direito à cidade sustentável e o direito à moradia deve perceber que suas medidas de integração urbanística, pela regularização fundiária, são um esforço constante. Uma limitação temporal no alcance de qualquer instrumento jurídicourbanístico prejudica este processo e põe a perder todo o compromisso público, dando uma saída, pelos fundos, para o eterno retorno da urbe clandestina, movida, sem parar, por uma constante exclusão social, que não conhece limites jurídicos.

Nesse sentido, é também inconstitucional porque discrimina, injustificadamente, os futuros cidadãos, alvos do processo de exclusão social, que ficariam sem acesso a moradia, por não contarem com este instrumento jurídico-urbanístico de

regularização fundiária, enquanto exercerem posse semelhante sobre imóveis públicos.

Por fim, tal limitação temporal é também inconstitucional, violando, por igual, o princípio da igualdade, pois distingue a aplicação do princípio da função social da propriedade em relação a propriedade particular e a pública, de forma injusticável, eis que ambos são atingidos pela irregularidade urbanística, provocada pelas mesmas causas.

Portanto, a expressão "até 30 de junho de 2001", dos arts. 1º e 2º da MP 2.220/01 é inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 182 c/c art. 5º, "caput", da CF/88.

Mas ainda há outra parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que diz com a limitação do direito de ação fundado no direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

Com efeito, não se diga que, conquanto não tenha havido pedido anterior a administração, o direito a concessão de uso especial coletiva não pode ser reconhecido.

A toda evidência, a obrigatoriedade do prévio encaminhamento do pedido de concessão de uso a administração viola o direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV da CF/88), ao dispor sobre sua condicionabilidade a uma instância administrativa de curso forçado. Ora, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça a defesa dos seus interesses no processo civil atenta contra o direito constitucional de ação.

Decerto, não se pode condicionar, tanto que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia seja um direito subjetivo exercitável perante a administração pública, o direito à proteção jurisdicional, especialmente quando se trata de pleitear proteção em face do próprio Estado. A lesão a direito coletivo se apresenta imediatamente, e pode, de pronto, ser apreciada, não se justificando seja conferido a administração prazo para decidir sobre o reconhecimento ou não da concessão de uso, já que se trata de ato administrativo plenamente vinculado.

Na verdade, o prazo só se justifica quando se coloca como espaço de tempo necessário a instrução do pedido, para a comprovação dos seus fundamentos de fato: mas, em assim sendo, tal pode ser cumprido também no processo judicial, e, tanto seja a administração parte, pode ser acompanhada por ela, de modo a permitir que esta reconheça, ou não, o pedido. Enfim, não se justifica seja a jurisdição condicionada por uma a uma instância administrativa de curso forçado.

Portanto, a expressão "em caso de recusa ou omissão deste", do art. 6º da MP 2.220/01 é também inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

o Núcleo de Habitação e Urbanismo, órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, previsto no art. 52, parágrafo único, '5' da Lei Complementar Estadual 988/06 tem como objetivo operacionalizar judicialmente os instrumentos de política urbana, prestando auxílio e suporte aos Defensores naturais.

Neste sentido, a presente tese é um esforço de tornar eficaz, e exigível judicialmente, o instrumento de política urbana da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

INDICAÇÃO DO ÍTEM DO PLANO ANUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.

A operacionalização judicial do direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia está prevista no Plano Anual da Defensoria Pública na Parte IU, item f), nº 09. A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, como instrumento jurídico da política urbana (art. 183, § 1º da CF/88, c/c art. 4º, inc. V, letra 'h' da Lei 10.257/01 c/c MP 2.220/01) é, mais do que um direito do cidadão, é um dever do Estado, eis que esta vinculada a uma política de desenvolvimento urbano que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes (182 da CF/88 c/c art. 2º, inc. I da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade). Assim, na medida em que se coloca como instrumento da política de desenvolvimento urbano, de fundamento constitucional e legal, sua aplicação não depende de previsão em leis municipais (nem mesmo no Plano Diretor) ou estaduais de regularização fundiária e urbanística, eis que decorre diretamente da disciplina constitucional específica, que nada mais é do que uma consequência do reconhecimento da função social da propriedade pública (art. 5º, inc. XXIII c/c art. 170, inc. III da CF/88). A sua aplicação, portanto, deve se resolver no esforço de superar as limitações e dificuldades da disciplina legal a fim de, enfrentados aspectos polêmicos, servir efetivamente como instrumento de promoção do direito à cidade sustentável, especialmente em relação a função do direito à terra e a moradia (art. 6º da CF/88).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E FÁTICA

Os assentamentos informais, de aparelhamento urbanístico precário, tem sido a alternativa de acesso a moradia dada a população de baixa renda, que se revela verdadeira compulsão, eis que se funda numa realidade de profunda exclusão sócio-territorial, que passa basicamente por uma aguda desigualdade na distribuição de renda, falta de políticas públicas de promoção do direito à moradia voltadas para a população pobre e pela especulação imobiliária, tudo de modo a perceber-se tal como ardiloso dispositivo de permanente indisposição com a condição digna da vida humana. Daí que o art. 183 da CF/88 e a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), cuidem de estabelecer os instrumentos jurídicos fundamentais da política urbana voltados a regularização fundiária, devem ser entendidos não só como ferramentas de uma reengenharia social vazia, mas plenamente preenchida de valores jurídicos fundamentais.

Impõe-se, então, a intervenção do Estado no domínio econômico, através de instrumentos jurídicos de política urbana que promovam o acesso à terra, com a regularização fundiária e urbanística dos assentamentos informais, como forma de tentar resolver o problema do direito à moradia digna (act. 6º da CF/88), de modo a mais do que encaminhar a uma questão de justiça social (act. 3º, inc. I e III da CF/88), tentar responder ao desafio de defender a dignidade humana como direito fundamental (act. 1º, inc. III da CF/88).

A Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) estabelece, nessa toada, dentre os objetivos a serem atingidos para a realização do pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais (act. 2º, inc. XIV da Lei 10.257/01).

Dentre os instrumentos jurídico-urbanísticos postos a disposição pelo Estatuto da Cidade, a fim de incorporar a urbe clandestina a cidade legal está a concessão especial de uso para fins de moradia (act. 4º, inc. V, alínea 'h' da Lei 10.257/01).

A concessão especial de uso resta disciplinada, por sua vez, diante do veto aos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, pela Medida Provisória 2.220/01, estabilizada pela Emenda Constitucional 32/01.

Pela concessão especial de uso, aquele que, ou população de baixa renda, até 30 de junho de 2001, possuir 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 (art. 10 e 20 da MP 2.220/01).

Ocorre que tal instrumento de política urbana reserva ao operador do direito diversas surpresas, decorrentes de dificuldades que passam desde a constitucionalidade do próprio instituto, sua aplicação independente de disciplina própria dos entes federativos, sua caracterização como direito subjetivo, seu alcance temporal e sua jurisdicionalidade imediata.

Decerto, a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é Constitucional e não fere o princípio da imprescritibilidade dos bens públicos. Decerto, do fato de que os imóveis públicos não possam ser adquiridos através da usucapião não significa que a concessão de uso especial, como direito real limitado, não possa ser adquirido por força da prescrição aquisitiva.

Com efeito, é a própria Constituição que prevê a Concessão de Uso Especial, como instrumento da política urbana, na medida em que promove a regularização fundiária. Ora, se existe expressa previsão constitucional a respeito da concessão de uso especial, não é possível que ela não signifique nada. É forçoso reconhecer portanto que, excepcionalmente, a parte os imóveis públicos são serem passíveis

de usucapião, é possível a prescrição aquisitiva de direitos reais limitados sobre bens públicos, em se tratando da concessão especial.

E assim é pois a Concessão de Uso especial para fins de moradia não é uma modalidade de usucapião de bens públicos, ele é um instituto distinto, que reconhece a função social da posse, de um lado, e a função social da propriedade pública, de outro.

Tampouco se possa dizer que a MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia fere o princípio da autonomia administrativa dos Estados e Municípios.

De fato, a aplicação da concessão de uso especial decorre diretamente da Constituição, sendo apenas a função da lei estabelecer normas gerais de aplicação do instituto, que desenvolve uma política pública.

Com efeito, é necessário que a lei federal desenvolva a concessão de uso especial como instrumento de política urbana de nível constitucional, de modo a conferir-lhe a uniformidade necessária para o funcionamento eficaz de uma política pública. Por sua vez, a concessão de uso especial não é ato discricionário da administração. Em verdade, tanto que reconhecida a existência dos seus elementos, a administração é obrigada a atuar no sentido de conceder o uso. A Concessão de uso especial para fins de moradia gera um direito subjetivo, de modo que o respectivo ato que a realiza é vinculado.

Não se diga, porém, por seu turno, que ainda que pudesse ser caracterizada a concessão de uso especial para fins de moradia como direito subjetivo, tal seria inexigível, a medida em que, para que pudesse o imóvel ser alienado, como bem público, deveria ser previamente desafetado, por lei específica.

Decerto, existe um regime jurídico próprio dos imóveis públicos ocupados por populações de baixa renda, cuja disciplina dispensa a prévia lei de desafetação para a alienação do imóvel, na medida exata em que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é instrumento de Política Urbana de nível constitucional.

A parte isto, é necessário apontar uma certa parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, ao limitar temporalmente seu alcance.

Com efeito, como instrumento jurídico-urbanístico posto a disposição para permitir a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, o objetivo da política de desenvolvimento urbano, que tem como objetivo a realização do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a garantia do bemestar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da CF/88, restaria comprometido, caso se assumisse tal limitação temporal.

Decerto, a consecução de uma política de desenvolvimento urbano que preze o direito à cidade sustentável e o direito à moradia deve perceber que suas medidas de integração urbanística, pela regularização fundiária, são um esforço constante. Uma limitação temporal no alcance de qualquer instrumento jurídicourbanístico prejudica este processo e põe a perder todo o compromisso público, dando uma

saída, pelos fundos, para o eterno retorno da urbe clandestina, movida, sem parar, por uma constante exclusão social, que não conhece limites jurídicos.

Nesse sentido, é também inconstitucional porque discrimina, injustificadamente, os futuros cidadãos, alvos do processo de exclusão social, que ficariam sem acesso a moradia, por não contarem com este instrumento jurídico-urbanístico de regularização fundiária, enquanto exercerem posse semelhante sobre imóveis públicos.

Por fim, tal limitação temporal é também inconstitucional, violando, por igual, o princípio da igualdade, pois distingue a aplicação do princípio da função social da propriedade em relação a propriedade particular e a pública, de forma injusticável, eis que ambos são atingidos pela irregularidade urbanística, provocada pelas mesmas causas.

Portanto, a expressão "até 30 de junho de 2001", dos arts. 1º e 2º da MP 2.220/01 é inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 182 c/c art. 5º, "caput", da CF/88.

Mas ainda há outra parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que diz com a limitação do direito de ação fundado no direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

Com efeito, não se diga que, conquanto não tenha havido pedido anterior a administração, o direito a concessão de uso especial coletiva não pode ser reconhecido.

A toda evidência, a obrigatoriedade do prévio encaminhamento do pedido de concessão de uso a administração viola o direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV da CF/88), ao dispor sobre sua condicionabilidade a uma instância administrativa de curso forçado. Ora, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça a defesa dos seus interesses no processo civil atenta contra o direito constitucional de ação.

Decerto, não se pode condicionar, tanto que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia seja um direito subjetivo exercitável perante a administração pública, o direito à proteção jurisdicional, especialmente quando se trata de pleitear proteção em face do próprio Estado. A lesão a direito coletivo se apresenta imediatamente, e pode, de pronto, ser apreciada, não se justificando seja conferido a administração prazo para decidir sobre o reconhecimento ou não da concessão de uso, já que se trata de ato administrativo plenamente vinculado.

Na verdade, o prazo só se justifica quando se coloca como espaço de tempo necessário a instrução do pedido, para a comprovação dos seus fundamentos de fato: mas, em assim sendo, tal pode ser cumprido também no processo judicial, e, tanto seja a administração parte, pode ser acompanhada por ela, de modo a permitir que esta reconheça, ou não, o pedido. Enfim, não se justifica seja a jurisdição condicionada por uma a uma instância administrativa de curso forçado.

Portanto, a expressão "em caso de recusa ou omissão deste", do art. 6º da MP 2.220/01 é também inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

O Núcleo de Habitação e Urbanismo, órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, previsto no art. 52, parágrafo único, '5' da Lei Complementar Estadual 988/06 tem como objetivo operacionalizar judicialmente os instrumentos de política urbana, prestando auxílio e suporte aos Defensores naturais.

Neste sentido, a presente tese é um esforço de tomar eficaz, e exigível judicialmente, o instrumento de política urbana da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

INDICAÇÃO DO ÍTEM DO PLANO ANUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.

A operacionalização judicial do direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia está prevista no Plano Anual da Defensoria Pública na Parte IU, item f), nº 09.