



CONCESSÃO ESPECIAL DE USO PARA FINS DE MORADIA (CUEM) E O “DIREITO DE PASÁRGADA”

SPECIAL USE CONCESSION FOR THE PURPOSE OF HOUSING AND THE “LAW
OF PASARGADA”

CONCESIÓN ESPECIAL DE USO CON FINES DE VIVIENDA (CUEM) Y
“DERECHO A LA PASÁRGADA”

Meilyng Leone¹, Eduardo Philipe Magalhaes da Silva²

DOI: 10.54899/dcs.v22i79.96

Recibido: 07/01/2025 | Aceptado: 09/01/2025 | Publicación en línea: 10/01/2025.

RESUMO

Mediante revisão da literatura, da legislação e de decisões judiciais sobre o instituto da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM), busca-se analisar e explicar suas características principais, com foco em sua aplicação prática e relevância social. Esse instituto está diretamente relacionado à garantia de direitos à população de baixa renda, promovendo a regularização fundiária e o acesso à moradia digna, especialmente em áreas urbanas ocupadas irregularmente. Além disso, destaca-se sua interface com questões ambientais e urbanísticas, considerando os desafios e limites impostos pela preservação do meio ambiente e pela organização do espaço urbano, elementos essenciais para o desenvolvimento sustentável. O estudo inclui a abordagem do conceito de “Direito de Pasárgada”, elaborado por Boaventura de Sousa Santos, que reflete sobre práticas jurídicas alternativas e inclusivas. Por fim, são analisados casos concretos da aplicação do CUEM, evidenciando seu papel na promoção da justiça social e na efetivação de direitos fundamentais em contextos desiguais.

Palavras-chave: Regularização Fundiária. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia. Direito Urbanístico. Direito de Pasárgada.

ABSTRACT

By reviewing the literature, legislation and court decisions on the Institute of Special Use Concession for Housing Purposes (CUEM), we seek to analyze and explain its main characteristics, focusing on its practical application and social relevance. This institute is directly related to guaranteeing the rights of the low-income population, promoting land regularization and access to decent housing, especially in irregularly occupied urban areas. Furthermore, its interface with environmental and urban issues stands out, considering the challenges and limits imposed by the preservation of the environment and the organization of urban space, essential

¹ Doutora em Direito Ambiental Internacional, Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), Santos, São Paulo, Brasil. E-mail: meilyng.leone@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1301-7306>

² Mestre em Direito Público, Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, Alagoas, Brasil. E-mail: edumagalhaes.sv@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-0549-4405>

elements for sustainable development. The study includes an approach to the concept of “Pasárgada Law”, developed by Boaventura de Sousa Santos, which reflects on alternative and inclusive legal practices. Finally, concrete cases of the application of CUEM are analyzed, highlighting its role in promoting social justice and enforcing fundamental rights in unequal contexts.

Keywords: Regularization. Special Use Concession for Housing Purposes. Urban Law. Law of Pasargada.

RESUMEN

Através de la revisión de la literatura, la legislación y las decisiones judiciales sobre el Instituto de Concesión de Uso Especial de Vivienda (CUEM), buscamos analizar y explicar sus principales características, centrándonos en su aplicación práctica y relevancia social. Este instituto está directamente relacionado con garantizar los derechos de la población de bajos ingresos, promover la regularización de tierras y el acceso a una vivienda digna, especialmente en zonas urbanas ocupadas irregularmente. Además, se destaca su interfaz con las cuestiones ambientales y urbanas, considerando los desafíos y límites que imponen la preservación del medio ambiente y la organización del espacio urbano, elementos esenciales para el desarrollo sostenible. El estudio incluye una aproximación al concepto de “Ley Pasargada”, desarrollado por Boaventura de Sousa Santos, que reflexiona sobre prácticas jurídicas alternativas e inclusivas. Finalmente, se analizan casos concretos de la aplicación del CUEM, destacando su papel en la promoción de la justicia social y la aplicación de derechos fundamentales en contextos desiguales.

Palabras clave: Regularización de Tierras. Concesión de Uso Especial para Fines de Vivienda. Derecho Urbanístico. Derecho de Pasargada.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

INTRODUÇÃO

Em um país de dimensões continentais, a afirmação de que se as favelas fossem um estado, seria o 5º maior estado do Brasil (*BRITISH BROADCASTING CORPORATION*, 2015), é bastante alarmante. No município de São Paulo existem atualmente cerca de 1.600 favelas cadastradas, sendo que mais da metade está em área pública. O direito à moradia, diga-se, adequada e digna, é direito fundamental inerente à condição de ser humano. Não se vislumbra uma pátria que atenda aos anseios de seu povo se não lhe for concedido os requisitos mínimos, como habitação.

Nesse viés, o presente trabalho tem o objetivo de aprofundar o estudo do instituto chamado Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia, também conhecido como CUEM, para explanar os aspectos jurídicos do tema. Assim, com o crescimento desordenado da

população, principalmente urbana, é fato inconteste que muitas pessoas não dispõem de um lar, e quando algo parecido lhe é ofertado, muitas vezes a insegurança o acompanha. Mediante levantamento bibliográfico, bem como analisando situações concretas que envolvem esse instituto, buscamos demonstrar como o CUEM é uma alternativa importante e viável para a regularização da moradia de milhares de famílias que buscam por uma garantia com relação às habitações que ocupam.

O instituto em análise no presente artigo objetiva regularizar a situação de inúmeras pessoas que residem em propriedade pública, que não podem ser usucapidas, mas que merecem receber uma proteção jurídica adequada. Considerando que, atualmente, o número de pessoas que habitam centros urbanos ultrapassa os cinquenta por cento, e a previsão é de que em 2030, esse número ultrapassará os sessenta por cento, e, em 2050, excederá setenta por cento, as *urbes* precisarão estar preparadas para esse crescimento.

O DIREITO À MORADIA E DIREITO À CIDADE

O direito à moradia é reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 6º, bem como por diversos tratados internacionais, tendo o Brasil como signatário. É o direito a um lugar adequado e digno para abrigo permanente da família, que ofereça proteção, intimidade e privacidade. São componentes do direito à moradia adequada, dentre outros, a segurança jurídica da posse, condições físicas de habitabilidade, o custo acessível, a acessibilidade, a adequação cultural, o acesso à infraestrutura e serviços básicos e a boa localização.

Sob o enfoque do presente trabalho, o direito à moradia significa o direito da população de baixa renda de construir suas moradas em área servida de infraestrutura e serviços básicos, próximo às opções de trabalho, saúde e educação, com a devida regularização. É dever constitucional dos imóveis urbanos públicos e privados cumprirem sua função social, conforme artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III e 182, da Constituição Brasileira, bem como no Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

É a utilização do espaço de forma consciente e sustentável, garantindo uma cidade em que seja possível viver e ser feliz às presentes e futuras gerações. O direito à cidade é mais do que simplesmente “direito a viver bem” em um espaço urbano, ou o mero direito à moradia, é o direito de viver em um espaço que atenda às necessidades da população. O Ministério das Cidades, criado no ano de 2003, é o órgão responsável, na administração pública federal, pelas políticas

de apoio à melhoria das cidades brasileiras e à consolidação do direito à moradia por todo o país. Cabe à Secretaria Nacional de Programas Urbanos desenvolver programas que fortaleçam as políticas de ampliação do acesso à terra urbanizada nos municípios brasileiros.

Terra urbanizada é aquela dotada de infraestrutura – abastecimento de água, coleta de esgoto, energia elétrica, coleta de lixo – com acesso a transportes públicos, escolas, postos de saúde, áreas de lazer, onde se possa viver com dignidade. Segundo o CENSO de 2010, cerca de 11,4 milhões de brasileiros (6% da população) vivem em assentamentos irregulares, conhecidos como favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, mocambos, palafitas, entre outros. Só em São Paulo estão 23% dos domicílios nessa situação, nos quais habitam cerca de 2,7 milhões de pessoas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

A participação das comunidades é muito importante, pois permite que as decisões sobre a organização da cidade sejam tomadas considerando a vontade de seus moradores. Uma forma de participação se dá na elaboração da lei municipal do Plano Diretor, que prevê como deve ser a organização do espaço das cidades, incluindo moradia, transporte, lazer, escolas, postos de saúde, etc. O Estatuto da Cidade estabelece a participação da população na elaboração do Plano Diretor como obrigatória, contudo, nem sempre essa participação é efetiva como deveria ser.

O direito de Pasárgada, de Boaventura de Sousa Santos

Boaventura, em sua tese de doutoramento em Sociologia na Universidade de Yale, em 1973, partiu de uma pesquisa empírica, analisando o discurso jurídico de comunidades periféricas do Rio de Janeiro, incluindo a Favela do Jacarezinho, denominada por ele de “Pasárgada”. Em suas “Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada”, Boaventura esclarece que a “vigência” de mais de uma ordem jurídica no mesmo espaço geopolítico pode ter, entre outros, fundamentos de ordem étnica, profissional e econômica.

[...] ela pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social – neste caso, a habitação. (Santos, 1999, p.3)

Os habitantes que ocupavam aquela comunidade, à margem da proteção eficiente do Estado, acabaram por autorregular os conflitos de habitação, realizados pela própria comunidade,

paralelamente ao Estado. Boaventura nomina essa autorregulação de Direito de Pasárgada, em estreita relação com o poema de Manuel Bandeira, “Vou-me Embora pra Pasárgada³” (Bandeira, 1986, p.90). O autor traz a ideia de um direito oriundo das classes marginais, o qual se emancipa, tornando-se efetivo e legítimo, contrapondo-se à burocracia do processo legislador formal estatal.

Esclareça-se, contudo, que o caráter do “Direito de Pasárgada como autêntico direito” não figura como um elemento principal nos escritos de Boaventura, mas, sim, algo problematizado por ele. Representando o cerne do problema da pluralidade do fenômeno jurídico, sustentando que a verificação deste pressuposto não pode ser assumida, tem de ser provada e, se não o for, cai pela base a teoria que se pretende elaborar. Apesar de toda a sua precariedade, o direito de Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, um exercício alternativo do poder político, ainda que muito embriônico, na visão do referido autor. Ao reconhecer a juridicidade das relações sociais observadas em Pasárgada, Boaventura retoma uma tradição teórica que aborda o fenômeno jurídico sob uma perspectiva antiformalista. Tradição essa que surge nos finais do século XIX, na chamada escola do direito livre, que tem na obra do jurista alemão Eugen Ehrlich – especialmente em seus “Princípios Fundamentais de Sociologia do Direito”, de 1913.

Pode-se afirmar que a concepção de Boaventura acerca do fenômeno jurídico, especialmente do Direito da favela, embora não tenha se mantido estática e isenta de autocorreções, não se modificou substancialmente no decorrer do tempo. Desde seus primeiros escritos, severas críticas foram realizadas à teoria do autor, contudo, não se pode furtar à necessidade de expor as ideias de Boaventura, dada a estreita conexão com o assunto tratado no presente estudo, considerando que a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, via de regra, é concedida à população de baixa renda, que residem em comunidades.

³ “Vou-me embora pra Pasárgada
Lá sou amigo do rei
Lá tenho a mulher que eu quero
Na cama que escolherei
Vou-me embora pra Pasárgada
Aqui eu não sou feliz
Lá a existência é uma aventura
De tal modo inconsequente [...]”

O Estatuto da Cidade e o Direito à Moradia

O Estatuto da Cidade é a lei federal que dá as orientações gerais para o planejamento e o desenvolvimento das cidades, com o objetivo de garantir bem-estar e qualidade de vida aos seus habitantes. Esse planejamento das cidades é realizado pelos Municípios, por meio do Plano Diretor, uma lei municipal que organiza o crescimento e o planejamento da cidade, determinando regras sobre o uso da propriedade urbana em benefício da coletividade, para garantir que a propriedade cumpra sua função social. A concepção de função social da propriedade nasceu da noção de que, enquanto vivente em sociedade, o homem deve empregar esforços no sentido de dar sua contribuição ao bem-estar da coletividade em detrimento dos interesses unicamente individuais. Neste contexto, erige-se a teoria da função social, segundo a qual:

Todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira. (Figueiredo, 2008, p. 83).

O Plano Diretor é obrigatório em determinadas situações, dentre as quais se destacam as cidades com mais de vinte mil habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, integrantes de áreas de especial interesse turístico, ou inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto de âmbito regional ou nacional. No Plano Diretor, também são previstas ferramentas voltadas para a garantia do direito à moradia, como as Zonas Especiais de Interesse Social e a regularização fundiária.

A criação do Plano Diretor cuidava-se de nova determinação imposta pelo legislador federal, e mais uma vez para cumprimento de obrigação de fazer (*facere*), no caso, a aprovação do plano diretor no prazo de cinco anos, sendo o termo *a quo* a data de entrada em vigor do Estatuto. Considerando que o Estatuto da Cidade entrou em vigor em 11.10.2001 (90 dias após a publicação, como determina o art. 58), o termo final do prazo seria em 10.10.2006.

A despeito da imposição legal, as administrações municipais não se revelaram sensibilizadas com a evidente necessidade urbanística de elaborar seu plano diretor. O legislador, todavia, reconheceu a omissão dos governos municipais e editou a Lei Federal nº 11.673, de 08 de maio de 2008, pela qual, alterando o art. 50 do Estatuto, ampliou o prazo primitivo para 30 de junho de 2008. De acordo com os dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic) 2013, do IBGE, o número de cidades brasileiras com Plano Diretor no Brasil aumentou de 14,5% em 2005 para 50% em 2013. Contudo, ainda há 36,2% de municípios no País sem o documento.

A situação mostra-se mais alarmante ao considerar a estatística de que em 10,4% das cidades brasileiras que, segundo a legislação, deveriam ter o Plano Diretor, mesmo após as reiteradas dilações de prazo, ainda não cumpriram com a obrigação de elaborar o referido documento, o que leva a afirmar que muitos municípios deixam de realizar um planejamento adequado com relação ao uso e ocupação de seus espaços territoriais, sendo coniventes com o crescimento desestruturado das cidades, tendo como resultado tudo aquilo que é contra ao previsto na “Carta de Atenas” (CIAM, 1993).

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O DIREITO À MORADIA

O direito à moradia digna é condição mínima para o desenvolvimento integral do ser humano, tanto que a Constituição brasileira internalizou a proteção dos Direitos Humanos, dentre esses o direito à habitação, criando um sistema regional de proteção desses direitos, positivando-os de modo a torná-los fundamentais. O artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, traz o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I), garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Tal rol de direitos, por óbvio, não é exaustivo, pois o parágrafo 2º do mesmo artigo deixa claro que os direitos e garantias expressos na Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Mesmo assim, a Emenda Constitucional nº 26/2000 firmou a redação do artigo 6º, incluindo os direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Diante disso, claro está que o direito à moradia é um Direito Fundamental, vez que foi positivado pela Constituição Brasileira, cabendo ao Estado protegê-lo e implementá-lo através de políticas públicas. Porém, as ocupações irregulares que ocorreram, e ainda ocorrem, são resultados do processo de urbanização acelerado e desordenado que marca o crescimento das grandes cidades nas últimas décadas. Geralmente, as ocupações irregulares estão associadas à população de baixa renda que ficou marginalizada, por negligência Estatal, em viabilizar o acesso à terra.

A omissão do Poder Público no exercício de sua atividade fiscalizadora e promotora do desenvolvimento urbano culminou na situação atual de injustiça social, pobreza e degradação do

meio ambiente. A regularização fundiária é uma possibilidade de transmutar a moradia irregular em regular, garantindo-se segurança na posse, além de ser o primeiro passo para permitir que a área seja integrada à cidade, o que possibilita a reivindicação de melhorias sociais. A transformação de moradias irregulares em moradias legalizadas, devidamente registradas no cartório de registro de imóveis, com serviços de água, esgoto, ruas pavimentadas, iluminação e limpeza pública, em locais com escolas, hospitais, praças e outros aparatos públicos que melhorem a qualidade de vida das pessoas é o principal objetivo da regularização fundiária.

São alguns instrumentos de regularização a Concessão de Direito Real de Uso, Usucapião, Regularização Fundiária de Interesse Especial e Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia. Aprofundaremos o presente estudo no último item citado.

DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA (CUEM)

A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, também conhecida como CUEM, tem previsão na Constituição Federal, no artigo 183, sendo caracterizada, sucintamente, como um instrumento da política urbana apto a garantir o direito à moradia daquele que habita área urbana, de até 250 m², por cinco anos, ininterruptamente, desde que não seja proprietário de outro imóvel, nem beneficiário de outra concessão. Vale destacar que tal instrumento somente incide sobre a ocupação de moradores em áreas públicas, insuscetíveis de aquisição por usucapião. A posse exercida em propriedade privada, se cumpridos os requisitos do *caput*, leva à aquisição do domínio. A concessão de uso, portanto, não constitui transferência de domínio.

Nelson Saule Junior se posiciona da mesma forma e entende que “com a adoção da concessão de uso, a propriedade urbana fica mantida sob o domínio do Poder Público, como meio de assegurar a manutenção da área para a finalidade social de moradia” (SAULE, 2004, p.400). A lei instituiu uma série de requisitos a serem preenchidos pelo interessado em adquirir o direito à concessão de uso especial. Na verdade, esses requisitos se coadunam com os fins urbanísticos a que se destina a concessão, bem como ao sentido social de que ela se reveste. No decorrer do estudo, os requisitos e fundamentos do referido instituto serão aprofundados, estreitando-se a conexão entre o Direito Urbanístico e as demais áreas, incluindo o Direito Ambiental.

Legalidade da Regulamentação da CUEM pela Medida Provisória nº 2.220, de 04 de Setembro de 2001

A regulamentação do Instituto da Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia fora questionada por meio da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0041454-43.2012.8.26.0000, levada ao Órgão Especial pelo desembargador Sidney Romano dos Reis, da 6ª Câmara de Direito Público do TJ-SP. Argumentava que a referida Medida Provisória seria inconstitucional porque a União não poderia legislar sobre o uso de bens públicos de outros entes federativos. Porém, sob relatoria do desembargador Renato Nalini, o Órgão Especial entendeu por maioria de votos que a União não ultrapassou sua competência ao criar a MP 2.220, visto que compete a ela legislar concorrentemente Direito urbanístico.

Em seu voto, o desembargador Renato Nalini adotou os argumentos apresentados pela Defensoria, segundo a qual os parâmetros gerais da Medida Provisória apenas regulamentam um instituto com previsão constitucional, e que, assim, devem ser observados por todos os entes da federação. "A interpretação correta é equiparar essa intervenção do mesmo modo que se faculta a União legislar sobre desapropriação por interesse social". Acrescentou, ainda, "na verdade, pelo texto normativo questionado, está sendo fixada regra de caráter geral sobre os bens públicos de todos os entes federativos, inclusive os da própria União".

Entendeu-se que a norma não afeta a autonomia e a competência dos Municípios, Estados e Distrito Federal, justamente porque visa dar uniformidade e estabelecer diretrizes gerais de um instituto que foi previamente criado e que precisa ser operacionalizado de forma útil como mecanismo de política urbana. (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Dos Requisitos para a Concessão de uso Especial para Fins de Moradia

Os requisitos previstos na legislação são cumulativos, ou seja, não podem ser cumpridos parcialmente. O possuidor, interessado na concessão, deve atendê-los de forma integral, de modo que, na falta de qualquer deles, não haverá a aquisição do direito. Pode-se afirmar que o requisito temporal apresenta o vetor relativo à duração mínima na posse, qual seja, 5 (cinco) anos ininterruptos e sem oposição. Ainda, seguindo as lições do autor, tem-se o requisito territorial (CARVALHO FILHO, 2009, p. 231). O limite da área suscetível de concessão especial de uso está fixado em duzentos e cinquenta metros quadrados.

Se a área tiver dimensão superior a essa, mas for ocupada por dois ou mais possuidores, sendo definidos os quinhões, cada um com metragem dentro dos limites fixados na lei, tal situação de comosse também permitirá o reconhecimento do direito à concessão. O requisito finalístico corresponde ao fim a que se destina o uso do imóvel. Exige a lei que o possuidor o tenha usado para sua moradia ou de sua família. A exigência é correlata ao fim social e à natureza urbanística do instituto. Por fim, a lei impõe a observância do requisito patrimonial, exigindo que o possuidor não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. De fato, a concessão não foi pensada para aumentar o patrimônio do possuidor, mas sim para protegê-lo e à sua família. Por conseguinte, para pleitear a concessão de uso deve o possuidor apresentar a comprovação – em regra por certidões negativas – de que não tem propriedade urbana ou rural, seja a que título for.

O direito de uso especial foi incluído, em 2007, como suscetível de ser objeto de hipoteca, conforme dispõe o artigo 1.473, inc. VIII, do Código Civil, com a alteração da citada Lei Federal nº 11.481/2007. Significa que o titular da concessão de uso especial para fins de moradia pode, por exemplo, contratar empréstimos de terceiros, oferecendo, como garantia de pagamento, a hipoteca sobre o direito de que é titular.

Da Concessão Coletiva de Uso Especial para Fins de Moradia

A Medida Provisória nº 2.220, instituiu, no artigo 2º, a modalidade coletiva da concessão – a concessão coletiva de uso especial para fins de moradia. Prevê esse dispositivo que será conferida, de forma coletiva, a concessão de uso especial para fins de moradia no caso de ocupação por população de baixa renda, pelo período de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, de imóveis públicos com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, quando não for possível identificar os terrenos ocupados pelos possuidores individualmente considerados.

Impõe a lei que, para adquirir o direito à concessão, o possuidor não possa ser proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Os requisitos são, basicamente, os mesmo da Concessão Especial no qual figura um particular como parte. Contudo, existem dois indicadores que são peculiares ao instrumento coletivo. Um deles é a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por possuidor. Tal situação emerge de alguns conglomerados residenciais formados sem qualquer parâmetro de natureza urbana e sem a preocupação, por parte dos ocupantes, de definir as áreas ocupadas. Se, entretanto, nesse conglomerado for possível

identificar uma ou algumas áreas, e outras não, para os possuidores daquelas o instrumento adequado será a concessão individual de uso, ao passo que para estas últimas será conferida a concessão coletiva de uso.

O outro requisito específico é a destinação do uso para população de baixa renda, permitindo que as camadas mais pobres da população pudessem ter acesso à moradia. Com relação à contagem do tempo na posse, tal como ocorre com a concessão individual, admite-se que o possuidor conte o tempo de posse de seu antecessor para alcançar o mínimo legal de cinco anos, impondo-se apenas que as posses tenham sido contínuas. A questão da fração ideal do terreno foi prevista no dispositivo que assim prevê: “será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas”. Assim, pode-se perceber que o legislador atentou-se para as situações que ocorrem rotineiramente nas ocupações irregulares, nas quais os moradores acabam por habitarem conglomerados coletivos, sem a devida demarcação de início e término de sua posse, para que, não obstante, a situação pudesse ser regularizada.

Da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia em Outro Local

Existem situações peculiares em que o Poder Público pode realizar a concessão, mas em local diferente do originalmente ocupado, via de regra, por questões de risco à saúde ou segurança dos moradores. É certo que a lei conferiu direito subjetivo ao ocupante: o de obter concessão de uso especial em outro local. Em face desse direito, a lei criou dever jurídico para o Poder Público: conseguir outro local para outorgar a concessão.

A pretensão, portanto, será de natureza mandamental ou determinativa, já que o pedido de tutela consistirá na obtenção de uma ordem dirigida ao Administrador para o cumprimento de sua obrigação de fazer. Ainda, existe previsão legal de outros motivos para que a concessão seja realizada em outro local, são hipóteses em que a Administração tem a faculdade de assegurar a concessão de uso especial em local diverso:

- a) bens de uso comum do povo, como praças e vias de circulação;
- b) áreas destinadas a projetos de urbanização;
- c) áreas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;

- d) imóveis reservados à construção de represas e obras semelhantes;
- e) áreas situadas em vias de comunicação.

Contudo, diversas são as ações onde o particular não concorda com os argumentos expostos pela Administração Pública, e assim socorre-se do Poder Judiciário para que a concessão seja dada no local de moradia do autor. Trata-se de uma questão delicada, principalmente quando colidentes direitos fundamentais, por exemplo, Direito à Moradia e Direito ao Meio Ambiente Equilibrado. O julgador, por meio de um juízo de ponderação, avaliará o embate desses princípios, ora prevalecendo o interesse coletivo, ora prevalecendo o interesse particular, sempre a depender do caso concreto, inexistindo fórmula matemática para tal.

PROCEDIMENTO PARA A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

O título de concessão de uso especial para fins de moradia será assegurado pela via administrativa (título administrativo de concessão), junto ao órgão administrativo competente, ou pela via judicial (título judicial de concessão). É o que emana do artigo 6º da Medida Provisória nº 2.220. O interessado deve formular seu pedido primeiramente ao órgão da Administração dotado de competência para a outorga da concessão de uso. Desse modo, o socorro à via judicial tem, no caso, caráter subsidiário.

Salientando que em decorrência do princípio da não vedação do acesso ao Poder Judiciário, existem muitas decisões no sentido de que não seria necessária a negativa da Administração para que o cidadão tivesse direito à prestação jurisdicional. Estabelece o artigo 6º, parágrafo 1º, que a Administração terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contando-se a partir da data de seu protocolo. Cuida-se de hipótese em que a lei assina prazo determinado para que a Administração atue, uma obrigação de fazer (*facere*) com termo certo.

A natureza da sentença que reconhece a existência dos requisitos para a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia é declaratória, posto que se limita a declarar a presença dos requisitos legais. Convém salientar, por oportuno, que o cumprimento dos requisitos e a consequente emanção do direito subjetivo é que integram a *causa petendi* da ação, esta retratada pelos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Os títulos de concessão comportam duas modalidades: o título administrativo e o título judicial (artigo 6º, parágrafo 4º). O título

administrativo é o documento fornecido pelo órgão administrativo que reconhece o direito do interessado à concessão de uso especial. (Carvalho Filho, 2009, p. 392). A outorga, nesse caso, depende unicamente de requerimento formulado na via administrativa.

Constatando o preenchimento pelo ocupante dos requisitos estabelecidos na lei, o órgão administrativo, reconhecendo ter sido adquirido o direito, fornece ao requerente o título de concessão. O título judicial é materializado pela sentença que julga procedente o pedido do autor no sentido de lhe ser outorgada a concessão. Poder-se-á indagar a razão por que, sendo declaratória, pode a sentença valer como título.

A explicação é singela. A declaração contida na sentença indica unicamente que o direito é preexistente, cabendo à decisão apenas reconhecê-lo. Quando o reconhece, no entanto, afirma implicitamente que o direito nasceu em momento pretérito, no caso, com o preenchimento dos requisitos legais. A questão relativa à titulação é meramente documental: mesmo que somente declaratória, nada impede que a sentença, como documento judicial dotado de específica formalidade, seja legalmente considerada como título idôneo para a comprovação do direito. É exatamente nesse sentido que dispõe a norma em comento

Ainda, pode-se afirmar que existem, ao menos, duas posições sobre a (des)necessidade de esgotamento da via administrativa antes de provocar a prestação jurisdicional. Uma delas defende a literalidade da Medida Provisória, outra assume o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Situações Concretas

A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia tem um caráter de justiciabilidade: o direito pode ser reconhecido judicialmente no caso de recusa ou omissão da Administração, nos termos do artigo 6º da MP 2.220/01. Cumpre ressaltar que o exercício do direito deve ser assegurado no próprio local onde a posse é exercida. Nas hipóteses de risco à vida ou à saúde dos moradores, ou nas demais previstas na referida MP, fica instituída a obrigatoriedade de remoção, assegurando-se o direito à moradia em outro lugar.

O art. 5º, MP 2220/01, estabelece um rol de situações que autorizam o Poder Público a negociar, com a população e demais atores sociais envolvidos no processo de regularização, o exercício do direito à moradia em local distinto do possuído. Betânia Alfonsin afirma que “há que se interpretar a lei com uma hermenêutica teleológica e ter em conta que um dos objetivos

do Estatuto da Cidade (...) é o de promover a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda (...)” (Alfonsin, 2002, p. 419)

Considerando os pontos expostos acima, pode-se concluir a existência de muitas controvérsias existentes relacionadas ao instituto e, assim, inúmeras são as ações que tramitam no Judiciário acerca da discussão inerente ao instituto da Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia. Desta forma, passa-se a analisar alguns assuntos que, geralmente, são suscitados como argumentos nas ações movidas, bem como algumas decisões acerca do tema arguido.

Argumentos Geralmente Suscitados pelo Poder Público Quando da Negativa

Ao realizar pesquisa em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, pode-se concluir que alguns argumentos geralmente são defendidos pela Administração Pública quando existe uma pretensão resistida de se reconhecer a Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia.

São eles: Inadmissibilidade de existência de posse sobre bem de uso comum do povo; Posse de má-fé e não merece qualquer proteção; Detenção sobre a área sempre foi precária e clandestina; Município tem direito de exercer seu poder de polícia; Interesse público deve prevalecer sobre o particular; Concessão de uso para fins de moradia só poderia ser concedida após a desafetação do bem; Não houve pedido administrativo; Cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local; Medida Provisória não pode dispor sobre patrimônio municipal; Município deve obedecer a seu plano diretor; Não compete ao Judiciário formular políticas públicas; Deve se observar o princípio da separação dos poderes; Inexistiu qualquer omissão por parte da Administração; Houve oposição; Os recursos são limitados e que somente o executivo pode implantar programas habitacionais. Dentre esses, passamos a analisar os mais relevantes.

A. DA (SUPOSTA) USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA

O argumento que a referida norma acarretaria usurpação de competência, em verdade, não é aquiescida pelo Tribunal onde fora realizada a pesquisa. Não representa usurpação de competência da União, para com os demais entes federativos, em afronta ao artigo 24, I, da Constituição Federal, uma vez que inseriu verdadeira política pública de abrangência nacional.

Aliás, essa é a atual orientação do Col. Órgão Especial Eg. Corte de Justiça, proferida na Arguição de Inconstitucionalidade 0041454-43.2012.8.26.0000. Rel. Des. RENATO NALINI, j. 30/01/2013, tema já exposto no presente estudo.

“(…) Com efeito, não ofende o art. 24, I, e 182, da Constituição Cidadã de 1988 o instrumento jurídico-urbanístico denominado Concessão de Uso Especial Para Fins de Moradia (CUEM). Inexiste qualquer usurpação de competência por parte da União, por se tratar de verdadeira política de abrangência nacional”.

B. DO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS SEM OPOSIÇÃO

Em relação à exigência da não oposição, para a contagem do prazo de 5 (cinco) anos ininterruptos, convém ressaltar que só se configura oposição quando do trânsito em julgado de ação de reintegração de posse. Há jurisprudência que reforça esse entendimento, destacando-se a posição dos Tribunais Superiores no sentido de que a simples propositura de ação não caracteriza oposição e não tem o condão de interromper o prazo aquisitivo:

“A posse *ad usucapionem* não perde seu caráter de pacífica e incontestada embora ajuizadas ações possessórias (mesmo com reintegração liminar) por quem se afirma proprietário, quando tais demandas são, ao final, julgadas improcedentes” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1992).

Apesar de os instrumentos jurídicos serem distintos, enquanto um trata da aquisição de domínio enquanto outro diz respeito ao direito de uso, o conceito de oposição pode ser adotado, por analogia, aos casos de concessão especial para fins de moradia.

C. DA MORADIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

O embate entre direitos fundamentais é decidido casuisticamente, principalmente nos casos de colidência entre o Direito à Moradia e o Direito ao Meio Ambiente Equilibrado.

“No entanto, a ordem de demolição da residência existente não pode prevalecer, tendo em vista a colisão com o direito fundamental à moradia, que deve ser resolvida de forma diversa daquela contida no decreto judicial. Normalmente, em casos tais, o que se vê é o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se sobrepor ao direito à moradia, por se tratar de um interesse difuso das presentes e futuras gerações e, como tal, se revestir de maior importância”. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1992).

Por meio do método denominado hermenêutico constitucional contextual, chegou-se à conclusão de que, nesse caso em concreto, deveria prevalecer o direito do cidadão permanecer em sua residência, sem a necessidade de demolição. A legislação internacional, assim como entendida nos órgãos de proteção dos direitos humanos formalmente instituídos no direito internacional público, aponta para a ilicitude de desocupação forçada sem a disponibilização de alternativa para moradia:

A. DOS 5 (CINCO) ANOS, QUANDO APÓS DE 2001

Decisão do Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade do reconhecimento oficial do direito de concessão de uso especial para fins de moradia em imóvel público situado em área urbana habitado, por pelo menos 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, com metragem inferior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados). Entendendo que mesmo com a ausência de pedido administrativo, não haveria impedimento do reconhecimento judicial do direito, tomando por base o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O Direito à moradia, lastreado pelo artigo 6º, da Constituição da República, mesmo com a data não compatível prevista no artigo 1º da MP 2.220/01 (30/06/2001), não impede a concessão especial de uso pelo Poder Público para outros períodos Interpretação teleológica e constitucional das exigências previstas na Medida Provisória. (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

A data prevista no artigo 1º da Medida Provisória nº 2.220/01 (cinco anos até 30/06/2001) não possui o condão de impedir concessão especial de uso pelo Poder Público para outros períodos posteriores a este. O disposto nesta Medida Provisória não impede a concessão especial de uso por parte do poder público para outros períodos temporais. Pois, a alteração promovida pela Lei Federal nº 11.481/07, que incluiu o inciso XI no art.1.225 do Código Civil, fez constar como direito real a concessão especial de uso para fins de moradia, atendendo, deste modo, os requisitos de tipicidade e taxatividade. Passando ao largo da discussão sobre a concretude da Medida Provisória nº 2.220/01, que buscava resolver situação pretérita já consolidada e, portanto, de sua constitucionalidade, tanto por violação à isonomia, quanto por incompetência legislativa, fato é que a disposição do Código Civil nada refere à data limite. Sendo ausente qualquer regulamentação sobre a inovação trazida pela Lei nº 11.481/07, fez-se um esforço analógico para preenchimento de tal lacuna.

Considerando que a adoção dos requisitos previstos no artigo 1º da Medida Provisória, quais sejam, imóvel de até 250 m², em área urbana, utilizado para moradia, posse ininterrupta e pacífica por mais de 05 anos e não ter sido beneficiado como tal direito anteriormente, é opção mais razoável.

Por óbvio, afasta-se a exigência de que a situação estivesse consolidada em 30 de junho de 2001, pois não há disposição legal nesse sentido e a adoção deste critério restringiria o alcance do direito, não quisto pelo Legislador. Não se compreende a necessidade de nova legislação em 2007 apenas para incluir no rol do Código Civil situação resolvida já em 2001. Deste modo, resta

claro que a intenção legislativa era mesmo inovar, criando o instituto não mais em concreto, mas abstratamente.

Provimento Nº 44, datado de 18/03/2015, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), que estabelece normas gerais para o registro da regularização fundiária urbana

A corregedoria do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) expediu, no ano de 2015, um provimento que disciplina e estabelece as normas gerais para o registro da regularização fundiária urbana. Prevê tal documento que pode vir a ser complementado pelas Corregedorias Gerais de Justiça de cada uma das unidades da Federação, atendidas as peculiaridades locais.

Ainda, que prática registral relativa à regularização fundiária urbana compreende, principalmente, a abertura de matrícula, se não houver, para a área objeto de regularização; o registro do parcelamento ou instituição de condomínio, resultante do projeto de regularização fundiária; a abertura obrigatória de matrícula para cada lote ou unidade autônoma referida ao projeto de regularização fundiária; e os atos de registro ou averbação dos títulos expedidos em favor dos beneficiários do processo de regularização fundiária.

O processo e os atos de registro da regularização fundiária urbana poderão fazer-se por etapas, inclusive, em quaisquer de suas fases, independerá de manifestação judicial ou do representante do Ministério Público, instaurando-se mediante requerimento escrito, dirigido ao oficial de registro da situação do imóvel. Ainda, importa ressaltar que o registro da sentença de concessão de uso especial para fins de moradia, independe de projeto de regularização fundiária urbana, conforme prevê o artigo 5º, parágrafo 4º, inciso I, do referido provimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instrumento analisado no presente estudo mostra-se como instrumental para a conformação do direito subjetivo constitucional à moradia em áreas públicas: a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista no §1º, do artigo 183, da Constituição Brasileira e regulamentada pela Medida Provisória nº 2.220/2001. Devido ao seu *status* constitucional, esta modalidade de concessão de uso inaugura um regime especial sobre bens públicos, aplicando-se aos bens públicos federais, estaduais, distritais e municipais, em suas diversas categorias.

Aos entes federativos cabe a responsabilidade de definir os procedimentos administrativos para o reconhecimento deste direito, especialmente nos casos de assentamentos situados em áreas de risco à vida e à saúde, quando o direito à moradia deverá ser garantido em outra área, ou quando houver a vinculação de proteção de outro interesse público, sobre a mesma área pública em questão, situação em que o direito poderá ser garantido em outro local quando não for possível compatibilizá-lo com o uso de moradia (art. 4º e 5º, MP 2.220/2001). Também é de responsabilidade dos entes federativos, de acordo com os Planos Diretores Participativos Municipais ou a definição de Zonas de Interesse Social, estipular os assentamentos prioritários para investimentos públicos em urbanização e regularização fundiária, bem como prevenir novas ocupações precárias investindo em provisão habitacional de interesse social.

Os instrumentos jurídicos de planejamento urbano previsto nos marcos legais estudados neste trabalho significam grande avanço na democratização do acesso à propriedade às famílias de menor renda, na medida em que o direito à moradia em áreas públicas e o direito à gestão democrática das cidades é reconhecido por nosso ordenamento jurídico e dotado de intensa carga de *judiciabilidade*. Contudo, para a universalização das políticas públicas de inclusão social por via da garantia à moradia devidamente regularizada e a plena efetivação da nova conformação da propriedade pública prevista em nosso ordenamento jurídico, ainda se faz necessária a superação de desafios, tais como a superação da alienação como único instrumento de gestão territorial; a efetivação da gestão democrática dos bens públicos; a superação da dicotomia entre interesse público e interesse privado na afetação da propriedade pública ao uso de moradia, viabilizando a produção social do direito à moradia; dentre outros desafios.

Restou claro que o domínio público da propriedade não é suficiente para efetivar o princípio da função social da propriedade, dependendo esta da utilidade da propriedade pública para a cidade. Constatamos que, sem a existência do diálogo entre a realidade da ocupação de nosso território e os costumes dos grupos formadores de nossa sociedade, fórmulas e conceitos foram importados ao Direito brasileiro, mas que precisam ser adaptadas à nossa realidade. A mudança de paradigma da gestão dos bens públicos é primordial, para que se passe da função exclusivamente arrecadatória à função socioambiental da propriedade pública. As experiências de regularização de áreas públicas estudadas mostram que a democratização do acesso à propriedade pública pelas famílias de menor renda está em curso, embora ainda exista um longo percurso a ser cumprido. Espera-se que paremos de perpetuar um modelo que se mantém desde

a colonização do país, impondo um novo paradigma na gestão do patrimônio público que de terra de ninguém passa a ser visto como terra de todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. **Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia**: garantindo a função social da propriedade pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, Porto Alegre, RS, 2002.

BANDEIRA, Manuel. **Bandeira a Vida Inteira**. Editora Alumbamento – Rio de Janeiro, 1986.

CIAM. **Congresso Internacional de Arquitetura Moderna**. 1933. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf>>. Acesso em: 10 dez. de 2024.

COSTAS, Ruth. **Com 7% de Moradores nas Classes A e B, Favela tem 'Nova Elite', diz Instituto**. BRITISH BROADCASTING CORPORATION (BBC). Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150303_favela_elite_nova_ru>. Acesso em: 10 dez. de 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Caderno de Aglomerados Subnormais do Censo Demográfico 2010 do IBGE**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistic/populacao/censo2010/aglomrados_subnormais/agn2010.pdf>. Acesso em: 10 dez. de 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tabela de Resultados**. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/pdf/tab14.pdf>. Acesso em: 10 dez. de 2024.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Ed. Lumen Juris. 3º. Edição. 2009.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre Ed. 2003

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas Sobre a História Jurídico Social de Pasárgada**. In: FALCÃO, Joaquim (Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Athos Carneiro, **Resp. 62.502**, ES, DJU de 03-08-92.

TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0041454-43.2012.8.26.0000**, 6ª Câmara de Direito Público de Tribunal de Justiça de São, em 30.01.2013, Relator Renato Nalini.

TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Des. Sidney Romano dos Reis. **Apelação nº 0011400-95.2013.8.26.0053. 2014.**

TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Des. Souza Nery. **Apelação nº 0004414-75.2011.8.26.0642. 2013.**