

A MEDIDA PROVISÓRIA 2220/01 NA ÓTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

PAULO LUCIANO DE SOUZA TEIXEIRA
JUIZ DE DIREITO DO TJ/RJ

1. GENERALIDADES

A Medida Provisória 2.220 de 04 de setembro de 2001 disciplinou o instituto da Concessão de Uso Especial para Moradia em bens públicos. O parâmetro básico para incidência da norma é a posse ininterrupta e sem oposição de terrenos públicos, em área urbana, com finalidade de moradia, *verbis*:

“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”.

O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa. Trata-se de direito subjetivo público do possuidor, sendo certo que a Administração age de forma vinculada. Em caso de recusa ou omissão, é possível invocar a tutela jurisdicional para se obter uma sentença mandamental ou declaratória que reconheça a legitimidade da ocupação do bem.

Em qualquer caso, o título será averbado, gratuitamente, no Cartório de Registro de Imóveis, com oponibilidade *erga omnes*.

De forma inédita, o sistema jurídico pátrio institui uma espécie normativa que impõe ao Estado o dever de regularizar a posse da terra, satisfazendo as exigências do bem estar social. Trata-se da maior expressão da efetividade do direito à moradia, instituído pela Emenda Constitucional.....

2. LEGITIMIDADE ATIVA

Os artigos 1º, 2º e 9º da Medida Provisória 2220/01 atribuíram legitimidade ao “homen ou à mulher”, dispensando, expressamente, a prova do estado civil. É a reprodução do que se encontra contido na Constituição da Federal, no § 1º do art. 183. A inovação contribuirá positivamente para implantação do instituto. Com efeito, levou em consideração a realidade fática e social das uniões estáveis, especialmente nas áreas povoadas por moradores de baixa renda, destinatários da norma. Como é cediço, nesses locais o núcleo familiar é constituído de maneira informal, através do instituto da união estável, de forma contínua e consolidada. Privilegiou-se a substância do ato, consubstanciada na efetividade plena do direito

constitucional à moradia frente ao formalismo desnecessário, que se revelaria inútil, eis que sujeito à simulação de toda sorte.

Exige-se a condição de posseiro de baixa renda, bem como que ocupe imóvel público urbano, utilizando-o para moradia ou atividade comercial de pequena monta.

Em se tratando de menores, exige-se a representação ou assistência, dispensável a emancipação.

Por outro lado, não se pode negar legitimidade aos casais homossexuais, sendo vedado o tratamento discriminatório, não se perquirindo da condição pessoal e motivos da convivência em questão.

O estrangeiro também pode ter acesso, desde que seja posseiro residente e que atenda todos os requisitos previstos na legislação.

Defere-se legitimidade ao herdeiro para somar à sua a posse do antecessor, desde que resida no imóvel à época da abertura da sucessão, na modalidade de concessão de uso para moradia individual.

É cabível a substituição processual para deferir, por analogia, ao art. 12, III do Estatuto das Cidades, legitimidade ativa e disjuntiva a associação de moradores legalmente constituída. Com efeito, trata-se de situações idênticas, inércia de posseiros, comunhão de interesses e indisponibilidade de direitos, justificando o tratamento análogo. É de se deferir legitimidade disjuntiva ao MP, eis que o direito à moradia tem índole constitucional e indisponível, especialmente quando os requerentes estiverem amparados pelo Estatuto do Idoso ou forem menores. Por fim, deve-se deferir legitimidade ativa à Defensoria Pública, especialmente nos Núcleos Coletivos, sem prejuízo da assistência individual aos hipossuficientes, assim definidos na lei 1050/60.

3. LEGITIMIDADE PASSIVA

Os legitimados passivos são exatamente aquelas pessoas jurídicas de direito público interno que detêm o domínio do espaço público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), competentes para expedir títulos de legalização da posse sobre bem público.

Com relação aos entes paraestatais, o título será expedido pelo órgão a que esteja vinculado, ex: Secretaria de Planejamento, ou órgão afim. São as hipóteses das autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresa pública, desde que, quanto a estas, estejam exercendo atividade de prestação de serviço público, quando serão regidas pelo regime jurídico de direito público.

4. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

O art. 6º da Medida Provisória 2220/2001 instituiu o acesso à via judicial condicionado ao prévio exaurimento da instância administrativa, nas hipóteses de denegação do pedido ou de falta de apreciação tempestiva (no prazo de 12 meses).

A instancia administrativa passa a ter curso forçado, como condição *sine qua non* à invocação da tutela jurisdicional do Estado. A matéria é controversa. Contudo, trata-se de questão ligada aos pressupostos processuais e à condição especial da ação, na vertente interesse processual, podendo ser invocada como preliminar de contestação ou conhecida de ofício pelo Juiz como matéria de ordem pública. Interpretação exegética, teleológica e finalística do dispositivo, que não implica em inafastabilidade da jurisdição, eis que estabelece que o título de concessão de uso para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

A demonstração da necessidade de se recorrer ao Judiciário é exatamente a prova de que, administrativamente, a questão não foi decidida ou resolvida insatisfatoriamente.

A exigência assemelha-se, por tudo, ao que ocorre no âmbito da Justiça Desportiva.

Objetiva-se tornar transparente o transcurso do pedido administrativo, fazer públicas as razões administrativas que concedam ou neguem o pedido pleiteado, preservar direitos subjetivos dos requerentes, bem como, possibilitar recurso administrativo para o caso de posição contrária.

5. DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

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.

Com efeito, a medida provisória 2220/01 criou hipótese *ope legis* de desafetação. Assim, a posse por cinco anos em terrenos públicos, atendidos os requisitos legais, desafetaria a área, e o uso para fins de moradia ensejaria nova afetação, em decorrência do nascimento do direito subjetivo à concessão.

Por outro lado, inexistente determinação legal expressa exigindo a desafetação, não sendo lícito ao interprete exigir novos requisitos onde a lei não criou.

Por fim, cabe ressaltar que, embora se reconheça a autoridade dos que defendem a tese contrária, sua adoção implicaria em 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.

6. INSTITUTOS AFINS

O instituto da Concessão de Uso Especial para Moradia assemelha-se ao instituto da Concessão de Direito Real de Uso.

Com efeito, a medida provisória 2220/01, atribuiu a Concessão de Uso Especial para Moradia caráter vinculado, facultando ao legitimado a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional para impor ao ente estatal o dever de regularização administrativa, de urbanização e de remoção de posseiros. Por outro lado, a Concessão de Direito Real de Uso é facultativa, orientada no sentido da discricionariedade (critérios de conveniência e oportunidade) do administrador, conforme estabeleceu o decreto-lei 271/67. Ao contrário da Concessão de Direito Real de Uso, a Concessão de Uso Especial para Moradia dispensa licitação e a desafetação, como dito, podendo, inclusive, ser adotada em terreno de marinha, sendo certo que a gratuidade, o tratamento processual possibilitando a invocação como matéria de defesa e a concessão sem prazo certo, embora possa ocorrer eventualmente naquela modalidade, é marca registrada desta.

A Concessão de Uso Especial para Moradia pode ser instituída através de instrumento público ou sentença, o que lhe confere maior segurança, quando comparada à Concessão de Direito Real de Uso, instituída por termo administrativo ou instrumento público. Por fim, ambos os institutos objetivam transferir o uso do bem público, *inter vivos* ou *mortis causa*, com a possibilidade de extinção se houver uso diverso do imóvel pelo beneficiário. Comparativamente, a Concessão de Uso Especial para Moradia é o instituto de regularização administrativa mais eficaz.

7. MODALIDADE COLETIVA DO INSTITUTO

O art. 2º da Medida Provisória 2220 previu a modalidade de Concessão de Uso para Moradia coletiva, nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor. Nestes casos, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Para se compreender o tema, faz-se necessária uma abordagem do fenômeno sociológico. A espécie coletiva de concessão de uso para moradia está perfeitamente adaptada à realidade da sociedade de massa. Em época de globalização, os fenômenos sociais são massificados e o assentamento irregular é um efeito disso, normalmente focado em grandes terrenos, onde a ocupação dá-se sob a forma de composesse, sendo densa e de difícil individualização, dificultando o exercício do direito na sua modalidade individual.

É inegável que a concessão de fração ideal em consequência da adoção da modalidade coletiva atende aos interesses dos posseiros. As frações ideais não precisarão corresponder à metragem exata ocupada por cada família. Os moradores poderão firmar acordo escrito homologado pelo Poder Público para estabelecer dimensões diferenciadas, de acordo com o tamanho real dos lotes. A individualização dos lotes pode ser atribuída unilateralmente, pelo Poder Público.

Por outro lado, autorizam-se expressamente as sucessões singulares, facultando-se ao novo possuidor juntar a sua posse, a do antecessor, sendo o dispositivo de grande importância, na medida em que há grande mobilidade sócio-territorial nas áreas de moradia de população de baixa renda. A concessão de uso especial para moradia coletiva facilita os estudos de viabilidade urbanística. Deve ser ressaltado que o registro coletivo junto ao Cartório do Registro de Imóveis confere maior segurança jurídica, diante da maior oponibilidade diante de terceiros.

Por outro lado, os instrumentos jurídicos postos à disposição para a defesa dos direitos da Concessão de Uso para Moradia Coletiva (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, etc) são poderosos e constituem um importante meio de coerção. Representam uma forma mais eficaz de acesso ao judiciário, ampliando o rol dos legitimados. A iniciativa das Entidades Associativas representa o meio mais eficaz para efetivação do instituto no campo da atuação e da pressão política junto ao ente executivo, redirecionando investimentos e prioridades, contribuindo para formação de um novo conteúdo de Políticas Públicas, diante das dificuldades dos moradores em atuar individualmente. Nessa hipótese, a pretensão adquire visibilidade, conferindo unidade política ao pedido e uniformidade à resposta, fortalecendo os laços sociais. Por outro lado, atuando como representantes dos posseiros perante o judiciário, propiciam o comparecimento coletivo em juízo, no controle judicial difuso, economizando custos e facilitando trâmites processuais, argüindo, ainda a defesa de posseiros, podendo, ademais, atuar, em qualquer caso, como assistentes. Trata-se do objeto de atuação política do movimento popular organizado e expressam o princípio da Comunidade que canaliza a participação popular, propiciando avanços democráticos e desempenhando papel crucial na eficácia dos Direitos Sociais. A atuação desses entes independe de representação político parlamentar, mas devem representar a construção coletiva de seus associados, revigoradas pelo sufrágio.

O Ministério Público tem importante papel. A deflagração da atuação ministerial pode ocorrer mediante provocação das entidades associativas, levando ao conhecimento do Ministério Público as lesões a direitos previsto na Medida Provisória 2220. Na etapa extrajudicial, poderá ser instaurado Inquérito Civil e celebrado Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de abreviação dos litígios com os entes denunciados. Por outro lado, o Ministério Público terá legitimidade disjuntiva para propositura de ações judiciais no âmbito de implantação da Concessão de Uso Especial para Moradia.

A atuação do Ministério Público é obrigatória e de ofício, independente de provocação, quando atuar como *custos legis*, diante da natureza indisponível do dispositivo constitucional sensível que assegurou o direito à moradia. Atuará em todas as fases, instâncias e em todas as espécies de ações judiciais que envolvam direitos contidos na Medida Provisória.

Em se tratando de ações afeitas ao controle normativo concentrado, será imperiosa a representação perante o Ministério Público ou legitimado. As entidades associativas não dispõem de legitimidade para esses tipos de ações.

8. DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

É lícito deflagrar a tutela jurisdicional através do mandado de segurança coletivo quando houver lesão a um direito meta individual líquido e certo, de uma Concessão de Uso para Moradia coletiva, de uma ocupação ou conjunto de ocupações. Tutela-se o direito dos posseiros de terem a posse legalizada, a moradia concretizada e a área urbanizada. O fundamento da pretensão é o art. 5º, LXX, 'b' da Constituição Federal (a matéria é controvertida, sendo certo que existem Tribunais que sustentam, equivocadamente, o descabimento, por entenderem pela exclusividade da via para defesa de associados, concluindo que, em se tratando de direitos difusos, será adequada a Ação Civil Pública). Ocorre o fenômeno da substituição processual, sendo dispensável, por outro lado, a autorização assemblear, podendo a execução ser promovida pela própria entidade associativa, por qualquer de seus membros, ou ainda pelo Ministério Público. O remédio jurídico se mostra, ainda, eficaz para impugnar decisão judicial destituída de recurso imediato no âmbito da Concessão de Uso para Moradia coletiva. De qualquer forma, trata-se de um dos instrumentos de maior repercussão no tratamento dos direitos lesados no âmbito da Medida Provisória 2220. Por outro lado, a sentença de procedência transitada em julgado produz efeitos ultrapartes, desde que considerada a natureza de direito difuso (o pedido poderá ser renovado em caso de sentença de improcedência por insuficiência probatória).

9. PECUALIARIDADES PROCESSUAIS

A competência para julgamento das ações relativas à Concessão de Uso para Moradia é absoluta, em razão da matéria, das varas fazendárias especializadas.

Quando a Concessão de Uso Especial para Moradia implicar em reconhecimento de direito real e for implantada pelo Poder Judiciário, a sentença declaratória ou mandamental, aí proferida, terá a eficácia condicionada ao registro, como exige o art. 6º § 4º da Medida Provisória 2220.

O registro será gratuito e efetuado pelo Cartório de Registros de Imóveis, conferindo eficácia *erga omnes*, direito de seqüela, e oponibilidade a terceiros, inclusive contra o próprio Poder que a concedeu, além de garantir da segurança da posse. O registro é efeito direto da sentença, e condição de eficácia desta.

De qualquer forma, a sentença proferida em nível de controle repressivo tem conteúdo impositivo e irá exigir do Estado uma conduta positiva ou terá índole inibitória.

Na hipótese de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá o exercício do direito em outro local. Nesses casos, a atuação do judiciário cinge-se ao exame da legalidade e não ao mérito administrativo, por se tratar de matéria discricionária sujeita a juízo de conveniência e oportunidade.

Na hipótese da Concessão de Uso para Moradia ser alegada como matéria de defesa pelos posseiros, em ação deflagrada pelo ente público, é possível a juntada do requerimento administrativo e, ainda, pedido de suspensão do processo até manifestação tempestiva do autor.

10. EXTINÇÃO

A extinção da Concessão de Uso para Moradia obtida administrativamente ou mediante sentença, com fundamento nas hipóteses exemplificativas do art. 8º da Medida Provisória 2220, dispensa o poder público de recorrer ao judiciário.

Justifica-se a medida porque o ente público age de forma vinculada, revestindo-se o ato administrativo construtivo dos atributos da auto-executoriedade, imperatividade, presunção de legitimidade e exigibilidade, impondo-se a terceiros, independentemente de sua concordância, podendo ser posto em execução, sem necessidade de intervenção do judiciário.

O ato de conceder ou negar a Concessão de Uso para Moradia, em princípio, é prerrogativa do poder executivo. O ato administrativo de extinção da Concessão de Uso para Moradia, devidamente motivado e com fundamento na Medida Provisória, é razão suficiente para a extinção do direito como exemplo de mérito administrativo. O recurso ao judiciário poderia ser realizado face à negativa do concessionário em retirar-se do local, ou em virtude de medida judicial protetiva ou acautelatória do concessionário. Observa-se ainda a possibilidade de o ato de extinção ser fundamentado com base nos princípios do controle administrativo e do exercício do poder de polícia.

Faz-se necessária a instauração de Processo Administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, especialmente se atingir direitos de terceiros, não se recomendando a adoção de procedimentos sumários, como a sindicância.

Esse poder de extinção, cuja iniciativa pode partir do ente concedente, do particular ou outro ente federativo, deve observar os parâmetros da proporcionalidade na gradação da pena e está sujeito a prazos decadências, podendo, inclusive, ser convalidado.

Por fim, se a concessão foi registrada na matrícula do imóvel, basta a declaração do Poder Público Concedente para que se proceda, da mesma forma, à averbação da rescisão e a conseqüente extinção do direito.