



PÓLIS

INSTITUTO DE ESTUDOS,
FORMAÇÃO E ACESSORIA
EM POLÍTICAS SOCIAIS

PARECER JURÍDICO: REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM ÁREAS PÚBLICAS MUNICIPAIS
OCUPADAS POR POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA

PÓLIS - Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais

Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano - SEHAB

Superintendência de Habitação Popular - HABI

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA POLÍTICA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

1. Os FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA
2. Política de Regularização Fundiária e o Plano Diretor do Município de São Paulo
3. Conclusões

Capítulo II -Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS)

1. Finalidade das ZEIS
2. O enquadramento das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como ZEIS
3. ZEIS e Áreas de Risco
4. ZEIS e Operações Urbanas
5. ZEIS e Plano de Urbanização
6. ZEIS e Habitação de Interesse Social
7. Conclusões

CAPÍTULO III - CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

1. Introdução
2. Da necessidade do instrumento contratual
3. Natureza jurídica da concessão de uso especial
4. Posse contínua e incontestada: a oposição na concessão de uso especial
5. Aplicabilidade da concessão de uso especial
 - 5.1. Aplicabilidade para bens de uso comum do povo e uso especial
 - 5.1.1. Auto aplicação da concessão especial em áreas de bem de uso comum do povo: inexistência de desafetação
 - 5.2. Aplicabilidade para bens dominiais
 - 5.3. Aplicabilidade em outras situações específicas:
 - 5.3.1. Área de risco
 - 5.3.2. Área de manancial
 - 5.3.3. Áreas de Uso Diverso de Moradia

CAPÍTULO IV - CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO:

1. Alternativa à concessão especial prevista no Projeto de Lei
2. Natureza Jurídica da CDRU e da Concessão Especial
3. Aplicabilidade para bens de uso comum do povo e uso especial
4. Aplicabilidade para bens dominiais
5. Da CDRU Onerosa

CAPÍTULO V- CESSÃO DE POSSE

1. Cessão de posse: introdução
2. Áreas com imissão na posse
3. Conclusões

CAPÍTULO VI - TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE POR MEIO DE TÍTULOS INDIVIDUAIS

1. Aquisição da propriedade Imobiliária
2. A CDRU e a concessão de uso especial face à compra e venda

CAPÍTULO VII – DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO:

1. Requerimento e outorga na concessão de uso especial e na CDRU: aspectos gerais
2. Na concessão de uso especial para fins de moradia
3. Na concessão de direito real de uso

EQUIPE PÓLIS CONSULTORIA JURÍDICA

Nelson Saule Junior

Guadalupe MJ Abib de Almeida

Karina Uzzo

Patrícia de Menezes Cardoso

Rodrigo Dantas Bastos

Giovana Umbuzeiro Valent

CAPÍTULO I – OS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA POLÍTICA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

1. Os Fundamentos Constitucionais e Legais da Regularização fundiária

Este estudo versa sobre as possibilidades e viabilidade jurídica e legal da regularização fundiária de áreas públicas municipais ocupadas por população de baixa renda para fins de moradia no Município de São Paulo.

Contém uma análise sobre a viabilidade e forma de aplicação dos instrumentos de regularização fundiária previstos no Estatuto da Cidade e na legislação federal de parcelamento do solo, e no plano diretor do Município de São Paulo. Ainda defende a aplicabilidade dos instrumentos zonas especiais de interesse social, concessão de uso especial para fins de

moradia, concessão de direito real de uso, e cessão de posse, para promover a regularização fundiária de áreas públicas municipais ocupadas população de baixa renda para fins de moradia nas seguintes situações:

- Áreas públicas ocupadas da categoria dos bens de uso comum do povo.
- Áreas públicas ocupadas da categoria dos bens dominiais.
- Áreas públicas da categoria das áreas verdes e institucionais decorrentes de loteamento.
- Áreas públicas ocupadas situadas em áreas de preservação ambiental e mananciais.
- Áreas públicas adquiridas e/ou desapropriadas destinadas a projetos de habitação de interesse social promovidos pela Administração Municipal.

As formas de irregularidade que caracterizam os assentamentos populares no Município de São Paulo são as favelas, ocupações, loteamentos clandestinos ou irregulares, e os cortiços. As irregularidades das ocupações situadas em áreas públicas ocorrem por diversos motivos.

Em áreas loteadas e ainda não ocupadas muitas vezes se desconhece o traçado oficial decorrente do loteamento, ocupando-se áreas destinadas para ruas, áreas verdes e equipamentos comunitários. Também é comum as casas serem construídas ocupando parte de mais de um lote, ou parte de lotes e parte de ruas.

Quanto as ocupações de áreas de preservação ambiental, as áreas mais atingidas são as áreas de mananciais e as margens de rios e canais. Nas Ocupações em áreas de risco a falta de oferta de lotes e casas para a população pobre faz com que ocorram ocupações em terrenos com altas declividade ou acividade nos morros, onde a carência de infra-estrutura, muitas vezes, ainda é maior do que nas áreas planas.

Nas ocupações em terrenos destinados para usos coletivos, terrenos destinados a equipamentos comunitários, destinados a programas habitacionais ou destinados a praças ou parques são ocupados de forma desordenada e têm comprometida a sua destinação.

Nos últimos 20 anos, a forma tradicional do Poder Público enfrentar esta situação foi de considerar as ocupações informais de áreas públicas por população de baixa renda para fins de moradia como forma ilegal e irregular de ocupação e uso, ocupação e parcelamento do solo urbano na esfera da ordem jurídica e urbanística. Em razão deste entendimento o Poder Público ou promovia medidas judiciais para a remoção da população ocupante ou simplesmente se omitia deixando a ocupação se consolidar sem nenhum tipo de intervenção, em razão de não

ter uma política habitacional e urbana destinada a assegurar a oferta de moradia adequada para a população de baixa renda.

Ao mesmo tempo, vários Municípios tiveram uma postura de enfrentar o problema das ocupações informais mediante a implementação de uma política de regularização fundiária baseado nos preceitos constitucionais da política urbana, em especial dos princípios constitucionais da função social da propriedade urbana e das funções sociais da cidade, e no direito à moradia reconhecido como um direito fundamental no campo dos direitos sociais (Artigo 6º da C.F.).

A função social da propriedade é atendida com a destinação de uma propriedade urbana pública com característica de um assentamento urbano consolidado para fins de moradia de um grupo social que estejam na situação de marginalidade e exclusão social quanto a condições dignas de vida, pleno exercício da cidadania e pleno respeito dos seus direitos no campo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Esta postura significou o estabelecimento de uma política de regularização fundiária voltada a urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda (públicas e privadas) visando a melhoria das condições habitacionais e de vida desta população e a legalização das ocupações visando a proteção do direito à moradia e conferir a segurança jurídica da posse mediante a reforma da ordem legal urbana através da instituição de uma legislação urbana permitindo a intervenção do Poder Público nestas áreas e o estabelecimento de normas especiais de uso, ocupação e parcelamento do solo.

A regularização fundiária foi sendo implementada como uma política através da leitura das normas constitucionais da política urbana, que estabelecem, entre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, conferir dignidade para a pessoa humana, reduzir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza e a marginalização (Artigo 3º, inciso III da C.F.), e define como obrigação da União, Estados e Municípios combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promover a integração social dos setores desfavorecidos, e promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (Artigo 23, inciso IX e X da C.F.).

A construção de uma nova ordem legal urbana, contendo instrumentos de política de regularização fundiária voltados a combater a exclusão territorial e social, tem como fonte legal fundamental a Constituição Brasileira, que reconhece o direito à moradia como um direito fundamental, adota o princípio da função social da propriedade urbana, adota os institutos do

usucapião urbano e da concessão de uso constitucional que foram regulamentados pelo Estatuto da Cidade.

A concepção da regularização fundiária como uma política que integra a política habitacional e urbana e conjuga de forma integrada as ações voltadas a urbanização e a legalização das áreas ocupadas por população de baixa renda esta prevista na lei que define as diretrizes e os instrumentos da política urbana nacional que é o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

O Estatuto da Cidade adota como uma diretriz da política urbana nos termos do inciso XIV do artigo 2º, 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 socio-econômica da população e as normas ambientais.

Entre as diretrizes que fundamentam a regularização fundiária cabe também destacar o reconhecimento de um novo direito no ordenamento jurídico brasileiro que é o direito à cidades sustentáveis entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e os serviços públicos, ao trabalho e o lazer, para as presentes e futuras gerações.(artigo 2º, inciso I).

A diretriz da gestão democrática da cidade entendida como a forma de planejar, produzir, operar e governar as cidades e povoados, que garantam o acesso a informação, participação e controle social sobre os processos decisórios nos vários níveis, e o fortalecimento do poder local, deve ser aplicada na implementação da política da regularização fundiária (artigo 2º, inciso II).

O Estatuto da Cidade, arrola com instrumentos da política de regularização fundiária nos termos do inciso V do artigo 4º, as zonas especiais de interesse social(“f”), concessão de direito real de uso(“g”), concessão de uso especial para fins de moradia(“h”), usucapião especial de imóvel urbano(“j”), assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos(“r”).

A primeira conclusão é que o fato de o Município de São Paulo ter respaldo na Constituição Brasileira e no Estatuto da Cidade para a adoção de uma política de regularização fundiária no Município de São Paulo, visando a urbanização das áreas

públicas municipais ocupadas por população de baixa renda e a legalização das áreas mediante a destinação da área para fins de moradia da população ocupante.

Os fundamentos legais para a implementação desta política são extraídos dos preceitos constitucionais da política urbana acima mencionados, em especial da função social da propriedade urbana e do direito à moradia; a regularização fundiária e a urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda é uma das diretrizes da política urbana nacional nos termos do Estatuto da Cidade.

A seguir cabe analisar de que forma os instrumentos de regularização fundiária podem ser aplicados nas situações acima mencionadas começando pelo Plano Diretor do Município de São Paulo, que dispõe sobre a política de regularização fundiária do Município e as zonas especiais de interesse social. Depois, pela concessão de uso especial para fins de moradia, pela concessão de direito real de uso, pela cessão de posse e pelos procedimentos administrativos necessários para a aplicação destes instrumentos pelo Município de São Paulo.

2. Política de Regularização Fundiária e Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei n.º 13.430, de 13 de setembro de 2002)

Para serem alcançados os objetivos da política urbana de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, do cumprimento da função social da propriedade, e garantir condições dignas de vida urbana nos termos do artigo 182 da Constituição, o Município, na consecução dessa política, tem como principal instrumento o Plano Diretor.

De acordo com o §1º do artigo 182 da Constituição Federal o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana do Município e deve ser instituído por lei municipal.

A concepção do plano diretor como parte integrante do processo do planejamento Municipal, previsto no §1º do artigo 40 do Estatuto da Cidade, já tinha sido incorporada no Município de São Paulo através do art. 144 da Lei Orgânica, que inclui o plano diretor como um dos instrumentos que integram o planejamento municipal.

O processo permanente de planejamento do Município de acordo com do Estatuto da Cidade integra o plano direto com: o *plano* plurianual, como o plano financeiro que integra o sistema orçamentário local; a lei de diretrizes orçamentárias, que incluindo as despesas de

capital para o exercício subsequente, define em termos financeiros, as metas e prioridades do Governo local, orientando a elaboração do orçamento anual e dispondo sobre eventuais alterações na legislação tributária: e o orçamento anual.

De acordo com o §1º do artigo 40 do Estatuto da Cidade, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual devem incorporar as diretrizes e as prioridades contidas no plano diretor.

Como já foi ressaltado a política de regularização fundiária deve ser adotada como uma política integrante da política urbana e habitacional do Município, sendo necessário portanto ser matéria do plano diretor uma vez que este é o principal instrumento da política urbana do Município.

Este posicionamento é reforçado no âmbito da eficácia da regularização fundiária, que, ao ser incorporada como uma das prioridades da política urbana do Município no plano diretor, terá esta capacidade de obter os recursos necessários para o desenvolvimento desta política através dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade como a outorga onerosa do direito de construir e as operações urbana consorciadas, e a transferência do direito de construir.

Verifica-se, então, que genericamente todos os instrumentos deverão ser compatíveis entre si e seguir as diretrizes gerais e setoriais segundo as quais o Município organiza sua ação no âmbito local. Neste aspecto, cumpriria ao Município de São Paulo garantir, por meio da compatibilidade entre estes instrumentos, que a intervenção visando a regularização fundiária seja realmente eficaz.¹

O Plano Diretor pode delimitar as áreas urbanas que sejam passíveis da aplicação do usucapião urbano e da concessão especial de uso para fins de moradia como zonas especiais de interesse social, com o objetivo de atender a diretriz da política urbana prevista no artigo 2º, inciso XIV, da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio econômica da população e as normas ambientais.

O Município de São Paulo, no seu recém instituído plano diretor, adota esta concepção de regularização fundiária como integrante da política urbana e habitacional municipal , regulando

¹ O art. 143 da Lei Orgânica do Município de São Paulo estabelece as diretrizes gerais do processo de planejamento, determinando no §2º, a obrigatoriedade de compatibilidade entre os planos integrantes do processo de planejamento nos termos das políticas gerais e setoriais adotadas pelo Município.

em especial o instrumento das zonas especiais de interesse social como meio de promover a regularização fundiária nas áreas públicas ocupadas por população de baixa renda.

O plano diretor contém em vários capítulos normas que tratam de regularização fundiária como componente da política habitacional e da política de urbanização do solo urbano no Município, determinam como ação estratégica a urbanização e a regularização fundiária e delimitam nas macrozonas as macro-áreas e zonas do Município de São Paulo, onde as áreas ocupadas por população de baixa renda serão passíveis de urbanização e regularização fundiária no qual se enquadram as áreas públicas objeto deste estudo.

Cabe a seguir destacar as normas do plano diretor que são norteadoras da política de regularização fundiária para o Município de São Paulo.

O artigo. 7º estabelece como princípios que norteiam o Plano Diretor Estratégico: justiça social e redução das desigualdades sociais e regionais; inclusão social, compreendida como garantia de acesso a bens, serviços e políticas sociais a todos os munícipes; direito à Cidade para todos, compreendendo o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, respeito às funções sociais da Cidade e à função social da propriedade; e o direito universal à moradia digna.

Nos termos do artigo 11 do plano diretor é considerado como um dos requisitos mínimos para a propriedade urbana cumprir sua função o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, o acesso universal aos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico.

Com relação aos serviços de saneamento pelo artigo 66 são consideradas como ações estratégicas : priorizar a expansão dos sistemas de coleta e tratamento de esgotos nos assentamentos localizados em bacias de mananciais destinados ao abastecimento, como os de Billings e Guarapiranga, bem como nas áreas com serviço ineficiente, como as extremidades de rede das zonas Noroeste e Sudoeste do Município e áreas de assentamentos precários em todo o Centro Expandido; e priorizar a implantação de sistemas alternativos de tratamento de esgotos nos assentamentos isolados, situados nas áreas de proteção aos mananciais;

A política de Resíduos Sólidos pelo inciso II do artigo 70, tem entre os seus objetivos a garantia do direito de toda a população, inclusive dos assentamentos não urbanizados, à equidade na prestação dos serviços regulares de coleta de lixo.

A política de regularização fundiária esta prevista no plano diretor entre no artigo 76 que dispõe sobre os objetivos da política de urbanização e uso do Solo. As ações do Município de São Paulo para promover a urbanização e a regularização fundiária das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda atendem os seguintes objetivos da política de urbanização e uso do solo estabelecidos no artigo 76 do plano diretor:

- estimular a urbanização e qualificação de áreas de infra-estrutura básica incompleta e com carência de equipamentos sociais;
- urbanizar, requalificar e regularizar favelas, loteamentos irregulares e cortiços, visando sua integração nos diferentes bairros;
- adequar a urbanização às necessidades decorrentes de novas tecnologias e modo de vida;
- possibilitar a ocorrência de tipologias arquitetônicas diferenciadas e facilitar a reciclagem das edificações para novos usos;
- evitar a expulsão de moradores de baixa renda das áreas consolidadas da Cidade, providas de serviços e infra-estrutura urbana;

Pelo artigo 77 do Plano Diretor são consideradas diretrizes para a Política de Urbanização e Uso do Solo: a promoção de regularização fundiária e urbanística dos assentamentos habitacionais populares, garantindo acesso ao transporte coletivo, e aos demais serviços e equipamentos públicos; e o desenvolvimento de programas de assessoria técnica, social, urbanística e jurídica para a população de baixa renda com problemas de moradia.

O desenvolvimento e a implementação dos Planos de Urbanização em Zonas Especiais de Interesse Social é definida como uma ação estratégica da Política de Urbanização e Uso do Solo nos termos do artigo 78 do plano diretor, da mesma forma que o desenvolvimento dos Planos Regionais para as Subprefeituras e, quando couber, articulá-los com as disposições relativas às áreas de mananciais, e com os Planos de Recuperação das Bacias do Guarapiranga, Billings e Cantareira.

Ao tratar da política habitacional do Município o plano diretor estabelece como um dos objetivos desta política promover a melhoria das habitações existentes das famílias de baixa renda e viabilizar a produção de Habitação de Interesse Social(artigo 79,V).

O plano diretor define como moradia digna aquela que dispõe de instalações sanitárias adequadas, que garanta as condições de habitabilidade, e que seja atendida por serviços

públicos essenciais, entre eles: água, esgoto, energia elétrica, iluminação pública, coleta de lixo, pavimentação e transporte coletivo, com acesso aos equipamentos sociais básicos (parágrafo único do artigo 79).

A regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda é afirmada como uma das diretrizes da política habitacional através da promoção da regularização física e fundiária de assentamentos já consolidados e das unidades construídas, garantindo moradia digna às famílias de baixa renda conforme dispõe o inciso IX do artigo 80 do plano diretor.

Como uma das ações estratégicas da política habitacional do Município ficou estabelecida a aplicação dos instrumentos de regularização fundiária nas zonas especiais de interesse social – ZEIS, em especial a concessão de uso especial para fins de moradia(artigo 81, inciso III).

O plano diretor define os objetivos e as diretrizes da política de áreas públicas. Um dos objetivos desta política é tornar obrigatória a elaboração de plano de ocupação, reorganização e revitalização de áreas de médio e grande porte, de forma a evitar a ocupação desordenada por vários equipamentos sociais dissociados urbanisticamente; bem como de viabilizar parcerias com a iniciativa privada e com associações de moradores na gestão dos espaços públicos.

O plano diretor tem duas diretrizes que devem ser observadas com relação a regularização fundiária das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda . a primeira determina a promoção, quando prevista em programas habitacionais, da regularização fundiária e da urbanização das áreas públicas ocupadas que cumprirem função social, garantindo o reassentamento das famílias removidas por estarem em situação de risco ou por necessidade da obra de regularização. A segunda diretriz determina a destinação prioritária dos bens públicos dominiais não utilizados para assentamento da população de baixa renda e para áreas verdes e instalação de equipamentos coletivos(incisos IV e V do artigo 86).

Entre as ações estratégicas da política de Áreas Públicas:

esta previsto a elaboração de um Plano Diretor de Gestão das Áreas Públicas, articulando os Planos Setoriais e os Planos Regionais, que deverá estabelecer as necessidades de aquisição de novas áreas públicas para equipamentos e criar um Cadastro Geral de Áreas Públicas através de sistema de informações georreferenciadas(artigo87).

De acordo com o estabelecido no artigo 94 do plano diretor a urbanização do território do Município se organiza em torno de quatro elementos estruturadores como rede viária e a rede de transporte público coletivo e cinco elementos integradores dentre os quais a habitação e os equipamentos sociais.

A habitação é considerada como o principal elemento integrador como elemento fixador da população e articulador das relações sociais no território. A lei de uso e ocupação do solo, os planos regionais e demais leis que integram o sistema de planejamento deverão garantir a habitabilidade das áreas residenciais e a qualidade das intervenções relacionadas à moradia.

Esta norma atende a diretriz sobre a regularização fundiária prevista no Estatuto da Cidade de serem estabelecidas normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação nas áreas ocupadas por população de baixa renda.

O plano diretor divide o território do Município em duas macrozonas complementares, a macrozona de proteção ambiental e macrozona de estruturação e qualificação urbana.

Na macrozona ambiental é admitida nas macro-áreas de conservação e recuperação como as áreas que integram os mananciais qualificar os assentamentos existentes, de forma a minimizar os impactos decorrentes da ocupação indevida do território de acordo com o artigo 153 do plano diretor devendo ser utilizado o instrumento das zonas especiais de interesse social para fins de regularização fundiária.

Na macrozona de estruturação e qualificação urbana a regularização fundiária deve ser promovidas na macro-área de urbanização e qualificação.

Esta macro-área, ocupada majoritariamente pela população de baixa renda, apresenta infra-estrutura básica incompleta, deficiência de equipamentos sociais e culturais, comércio e serviços, forte concentração de favelas e loteamentos irregulares².

De acordo com o § 1º do artigo 158 do plano diretor as intervenções na macro-área de urbanização e qualificação devem ser voltadas para atender o objetivo de promover a urbanização e regularização fundiária dos assentamentos habitacionais populares dotando-os de infra-estrutura completa e estimulando a construção de HIS.

² A Macroárea de Urbanização e Qualificação é formada pelos seguintes distritos, excluídas as partes dos distritos que integram a Macrozona de Proteção Ambiental: Anhanguera, Artur Alvim, Brasilândia, Cachoeirinha, Campo Limpo, Cangaíba, Capão Redondo, Cidade Ademar, Cidade Líder, Cidade Tiradentes, Cursino, Ermelino Matarazzo, Guaianazes, Iguatemi, Itaim Paulista, Itaquera, Jaçanã, Jaraguá, Jardim Helena, Jardim São Luís, José Bonifácio, Lajeado, Mandaqui, Parque do Carmo, Pedreira, Perus, Ponte Rasa, Sacomã, São Mateus, São Miguel, São Rafael, Sapompemba, Socorro, Tremembé, Tucuruvi, Vila Curuçá, Vila Jacuí, Vila Medeiros (§ 1º do artigo 158)

O plano diretor estabelece que nesta macro-área devem ser utilizados para atender o objetivo da urbanização e regularização fundiária as zonas especiais de interesse social com planos de urbanização específicos (§ 3º do artigo 158).

O Município de São Paulo tem que dar preferência para a utilização dos recursos do Fundo de Desenvolvimento Urbano em urbanização e qualificação de assentamentos populares e transporte coletivo.

O plano diretor também estabelece como instrumentos prioritários para a promoção da regularização fundiária o usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia.

O plano diretor trata de forma especial a regularização fundiária na seção das diretrizes para a regularização de assentamentos precários conjuntos habitacionais, loteamentos e edificações dos assentamentos através (do artigo 192 ao art. 197).

A regularização do parcelamento, uso e ocupação do solo de áreas ocupadas por população de baixa renda, como as favelas deve ser feita através de legislação ou normatização específica de acordo com o artigo 193 do plano diretor. A legislação específica cabe definir as normas técnicas e procedimentos para regularizar parcelamentos do solo implantados irregularmente, empreendimentos habitacionais promovidos pela administração pública direta e indireta e as favelas, e edificações executadas e utilizadas em desacordo com a legislação vigente.

Para as situações do parcelamento do solo e edificações irregulares o plano diretor determina que deverá ser editada uma única lei municipal durante a vigência do plano definida para o ano de 2012.

Para as favelas situadas em áreas públicas ou particulares e para os empreendimentos habitacionais promovidos pela administração pública direta e indireta o Poder Público municipal pode editar leis municipais específicas contendo normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo a regularização fundiária de cada uma destas áreas.

A prestação de assessoria técnica, social e jurídica gratuita à população de baixa renda é uma diretriz prevista nesta seção do plano diretor que deve ser observada pelo Executivo Municipal na promoção da regularização fundiária nas áreas ocupadas por esta população.

Em consonância com a diretriz da política urbana prevista no Estatuto da Cidade de urbanizar e regularizar as áreas ocupadas por população de baixa renda o plano diretor incorpora esta diretriz da seguinte forma nos termos do artigo 196.

Art. 196 - É responsabilidade do Executivo urbanizar e promover a regularização fundiária das favelas, incorporando-as ao tecido urbano regular, garantindo aos seus moradores condições dignas de moradia, acesso aos serviços públicos essenciais e o direito ao uso do imóvel ocupado.

O comando emitido por esta norma do plano diretor é da obrigação do Município de São Paulo através do Executivo municipal promover as medidas necessária administrativas e legislativas e judiciais necessárias para a urbanização e regularização das favelas situadas no território municipal. Esta obrigação abrange as favelas situadas em áreas públicas, uma vez que não pode haver ações discriminatória pelo Poder público municipal de não promover as medidas necessárias para assegurar o exercício do direito à moradia para as populações de baixa renda que ocupam favelas consolidadas situadas em áreas públicas.

Cabe ao Poder Público municipal dar um tratamento isonômico para as populações de baixa renda que ocupam áreas urbanas sejam públicas ou privadas. As medidas devem ser voltadas a conferir condições dignas de moradia, acesso aos serviços públicos essenciais e o direito de uso do imóvel ocupado para esta população .

Entre as medidas legislativas necessárias para a regularização fundiária das áreas públicas municipais o plano diretor coloca a necessidade do Executivo municipal encaminhar para a Câmara Municipal de Vereadores projetos de leis visando a desafetação das áreas públicas municipais, da classe de bens de uso comum do povo, ocupadas por habitações de população de baixa renda(§ 1º do artigo 196).

Esta norma do plano diretor reconhece que é possível mediante lei municipal urbanizar e regularizar as áreas públicas municipais da classe de bens de uso comum do povo. Para tanto é preciso uma lei municipal que através da desafetação transfira estas áreas para a classe dos bens dominiais. O plano diretor como instrumento de natureza constitucional é o principal instrumento da política urbana do Município, suas normas são determinantes e devem prevalecer sobre normas que contrariem ao entrem em conflito com a competência constitucional do Município de legislar sobre assuntos de interesse local , sobre uso e ocupação do solo urbano.

Como medida legislativa o Poder Público Municipal deve também delimitar as áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como zonas especiais de interesse social no próprio plano diretor ou por lei municipal específica e definir o instrumento de regularização fundiária que será utilizado.

Com relação as medidas administrativas necessárias para a regularização fundiária das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda, o plano diretor autoriza o Executivo a outorgar a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade e na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001 (§2º do artigo 196).

O plano diretor determina também, como medida administrativa a urbanização das favelas, cabendo ao Executivo municipal definir as que normas e padrões urbanísticos especiais da urbanização das favelas. Estas normas especiais podem ser estabelecidas por decreto municipal .

Cabe também ao Executivo municipal no processo da urbanização das favelas assegurar, em todas suas etapas a participação direta dos moradores e de suas diferentes formas de organização.

O plano diretor estabelece também como medida que os programas de urbanização do Município deverão priorizar as áreas de risco, e estabelecer e tornar públicos os critérios e prioridades de atendimento.

Com relação as edificações situadas em áreas de risco à vida ou à saúde o plano diretor determina que estas edificações não podem ser regularizadas. O parágrafo 1º do artigo 197 considera as seguintes situações de edificações que não são passíveis de regularização: as edificações que estejam localizadas em logradouros ou terrenos públicos, ou que avancem sobre eles, e que estejam situadas em faixas não edificáveis junto a represas, lagos, lagoas, córregos, fundo de vale, faixa de escoamento de águas pluviais, galerias, canalizações e linhas de transmissão de energia de alta tensão.

3. Conclusões

Com base nestas normas do plano diretor, norteadoras da política de regularização fundiária, podemos concluir que o Município de São Paulo tem respaldo constitucional e legal para promover as seguintes ações e medidas:

1. Promover as medidas legais e administrativas necessárias para a urbanização e regularização fundiária dos assentamentos populares como os favelas e os loteamentos irregulares de modo a atender objetivo e diretriz da política de urbanização e uso do solo da regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda no qual se inclui as áreas públicas ocupadas por esta população.
2. A implementação das zonas especiais de interesse social e a execução dos planos de urbanização para a promoção da regularização fundiária como ação estratégica da política habitacional e da política de urbanização do solo do Município.
3. Promover de forma integrada ações de urbanização visando a melhoria das condições habitacionais das áreas ocupadas por população de baixa renda com a produção de habitação de interesse social
4. Nas ações de urbanização e regularização fundiária viabilizar a implantação da infraestrutura básica, os equipamentos sociais e serviços públicos.
5. Implementar programas de assessoria técnica, jurídica e social para a população de baixa renda que moram nas áreas que serão objeto de urbanização e regularização fundiária.
6. Promover a desafetação das áreas públicas da classe dos bens do uso comum do povo ocupadas por população de baixa renda que serão objeto de urbanização e regularização fundiária através de lei municipal transferindo estas áreas para a classe dos bens dominiais.
7. Aplicar a concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento prioritário de regularização fundiária das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como uma ação estratégica da política habitacional do Município
8. Aplicar o instrumento das zonas especiais de interesse social nas macro-áreas de conservação e recuperação(macrozona de proteção ambiental) para promover a regularização fundiária de assentamentos populares consolidados
9. Promover a urbanização e a regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda situadas na macro-área de urbanização e qualificação(macrozona de estruturação e qualificação urbana) utilizando de forma prioritária os recursos do Fundo do Desenvolvimento Urbano em Urbanização e aplicando prioritariamente os instrumentos das zonas especiais de interesse social e a concessão de uso especial para fins de moradia para regularização fundiária das áreas públicas.

10. Priorizar a expansão dos sistemas de coleta e tratamento de esgoto em assentamentos precários em todo o centro expandido e nos assentamentos localizados em bacias de mananciais destinados ao abastecimento de água(Billings e Guarapiranga), como ação estratégica da política de saneamento.
11. Garantir a prestação dos serviços de coleta de lixo nos assentamentos não urbanizados ocupados por população de baixa renda visando atender o objetivo da política de resíduos sólidos, de assegurar equidade na prestação dos serviços regulares de coleta de lixo.

Capítulo II - Zonas Especiais de Interesse social (ZEIS)

1. Finalidade das ZEIS

Para a promoção da regularização fundiária nos termos do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor do Município de São Paulo nas áreas públicas ocupadas por população de baixa renda o instrumento mais adequado é a *zona especial de interesse social (ZEIS)*, que significa uma categoria específica de zoneamento da cidade, permitindo a aplicação de normas especiais de uso e ocupação do solo para fins de regularização fundiária das favelas .

A zona especial de interesse social é uma zona urbana específica , que pode conter áreas públicas ou particulares ocupadas por população de baixa renda, onde há interesse público de promover a urbanização ou a regularização jurídica da posse da terra, para salvaguardar o direito à moradia.

As zonas especiais de interesse social são destinadas prioritariamente para a produção e manutenção de habitação de interesse social a fim de promover a regularização jurídica da área, instauração de infra-estrutura urbana e ou equipamentos comunitários e programas habitacionais e incorporar os espaços urbanos da cidade informal à cidade legal.

É o instrumento pelo qual as áreas ocupadas pelas favelas, conjuntos habitacionais irregulares, ficam reconhecidas pela ordem jurídica da cidade para serem utilizados para fins de habitação de interesse social. A adoção deste instrumento deve visar à incorporação dos espaços urbanos da cidade clandestina à cidade legal. Na verdade, será por meio da instituição da ZEIS que ficarão juridicamente reconhecidas as áreas ocupadas ou que venham a ser ocupadas pela população carente de moradia nas regiões delimitadas.

Com a adoção de normas especiais com restrições urbanísticas para empreendimentos imobiliários, busca-se preservar a forma de apropriação do espaço pelos ocupantes e viabilizar

a permanência da população em locais centrais e privilegiados da cidade. Desta forma as ZEIS têm contribuído para garantir o acesso da população de baixa renda à terra e aos serviços básicos.

As ZEIS servem para regularizar as ocupações do ponto de vista urbanístico, mas não regularizam juridicamente a situação fundiária dos terrenos ocupados pela comunidade em favor dos respectivos moradores. A regularização jurídica devera ser feita nas áreas públicas ocupadas por população de baixa renda através da outorga da concessão de uso especial para fins de moradia ou da concessão de direito real de uso que serão analisados mais adiante.

O plano diretor como já foi demonstrado estabelece como o principal instrumento de regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda as zonas especiais de interesse social. Desta forma é importante analisar como pode ser aplicado este instrumento com base na regulamentação efetuada no plano diretor.

As ZEIS de acordo com o artigo 171 do plano diretor são definidas como porções do território destinadas, prioritariamente, à recuperação urbanística, à regularização fundiária e produção de Habitações de Interesse Social - HIS ou do Mercado Popular - HMP, bem como a recuperação de imóveis degradados, a provisão de equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local.

O Plano Diretor através do artigo 171, estabelece a seguinte classificação de ZEIS:

ZEIS 1 - áreas ocupadas por população de baixa renda, abrangendo favelas, loteamentos precários e empreendimentos habitacionais de interesse social ou do mercado popular, em que haja interesse público expresso por meio desta lei, ou dos planos regionais ou de lei específica, em promover a recuperação urbanística, a regularização fundiária, a produção e manutenção de Habitações de Interesse Social - HIS, incluindo equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local;

ZEIS 2 - áreas com predominância de glebas ou terrenos não edificadas ou subutilizadas, conforme estabelecido nesta lei, adequadas à urbanização, onde haja interesse público, expresso por meio desta lei, dos planos regionais ou de lei específica, na promoção de Habitação de Interesse Social - HIS ou do Mercado Popular - HMP, incluindo equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviços e comércio de caráter local;

ZEIS 3 - áreas com predominância de terrenos ou edificações subutilizadas situados em áreas dotadas de infra-estrutura, serviços urbanos e oferta de empregos, ou que estejam recebendo investimentos desta natureza, onde haja interesse público, expresso por meio desta

lei, dos planos regionais ou de lei específica, em promover ou ampliar o uso por Habitação de Interesse Social - HIS ou do Mercado Popular - HMP, e melhorar as condições habitacionais da população moradora;

ZEIS 4 - glebas ou terrenos não edificados e adequados à urbanização, localizados em áreas de proteção aos mananciais, ou de proteção ambiental, localizados na Macroárea de Conservação e Recuperação, definidos no artigo 153 desta lei, destinados a projetos de Habitação de Interesse Social promovidos pelo Poder Público, com controle ambiental, para o atendimento habitacional de famílias removidas de áreas de risco e de preservação permanente, ou ao desadensamento de assentamentos populares definidos como ZEIS 1 por meio desta lei, ou dos planos regionais ou de lei, e situados na mesma sub-bacia hidrográfica objeto de Lei de Proteção e Recuperação dos Mananciais". (grifos nossos).

2. O enquadramento das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como ZEIS

As áreas públicas ocupadas por população de baixa renda se enquadram na categoria das ZEIS 1 que abrange as favelas, loteamentos precários e empreendimentos habitacionais de interesse social . O interesse público existente no caso é de atender a necessidade social de proteger o direito à moradia da população que ocupa estas áreas públicas há muitos anos consolidadas como assentamentos de população de baixa renda, que necessitam de equipamentos sociais, infra-estrutura e oferta de serviços públicos³, bem como de atender com o princípio da função social da propriedade deve ser aplicado para as propriedades urbanas públicas

O plano diretor por abranger todo o território do Município de São Paulo possibilita que as favelas situadas em áreas públicas sejam delimitadas como ZEIS 1, tanto na macrozona de estruturação e qualificação urbana em especial na macro-área de urbanização e qualificação, como também na macrozona de proteção ambiental em especial na macro-áreas de conservação e recuperação visando a regularização fundiária dos assentamentos populares consolidados

O plano diretor não estabelece restrições no território municipal do enquadramento de áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como ZEIS 1 nas áreas de proteção aos mananciais e ambiental. Neste caso devem ser respeitada as restrições para a regularização

³ Esta espécie de ZEIS foi adotada pelos planos diretores de Recife, Rio de Janeiro, João Pessoa e Natal. Fonte. Nelson Saule Júnior in *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico*. p.307.

nestas áreas como as áreas públicas consideradas como áreas de risco à saúde ou vida da população ocupante.

O artigo 153 do plano diretor que trata das macro-áreas de conservação e recuperação estabelece entre os instrumentos prioritários que devem ser utilizados a ZEIS 4, visando a implantação de projetos de habitação de interesse social promovidos pelo Poder Público em glebas ou terrenos não edificados e adequados a urbanização, localizados em áreas de proteção aos mananciais ou de proteção ambiental.

A ZEIS 4 como instrumento prioritário não significa que seja exclusivo, que não seja possível a instituição da categoria da ZEIS 1, face a realidade existente nestas macro-áreas de assentamentos populares consolidados em áreas públicas. O fato das normas do plano diretor definir como a intervenção prioritária do Poder Público municipal através das ZEIS 4 a promoção de projetos de habitação de interesse social para o atendimento habitacional de famílias removidas de áreas de risco e de preservação permanente, ou ao desadensamento de assentamentos populares definidos como ZEIS 1, de forma alguma exclui outras intervenções visando melhorar as condições habitacionais da população de baixa renda que ocupa áreas públicas ou privadas situadas em áreas de proteção aos mananciais ou de proteção ambiental.

Para as ocupações já consolidadas o instrumento das ZEIS 1 deve ser aplicado de forma conjunta com a ZEIS 4 uma vez que a urbanização é a regularização fundiária das favelas situadas nas áreas de proteção aos mananciais poderão resultar em desadensamento, e remoção no caso de áreas de risco, e as famílias terão que ter um atendimento habitacional.

No âmbito do Município de São Paulo o enquadramento destas áreas como ZEIS 1 é necessária para o Poder Público municipal estabelecer as normas especiais municipais visando a regularização do uso e ocupação do solo, devendo levar em consideração as normas de regularização previstas nas leis específicas de proteção e recuperação dos mananciais.

A delimitação dos perímetros das áreas públicas como ZEIS 1 devem estar previstas no próprio plano diretor, podendo ser delimitados novos perímetros nos termos do artigo 181 pelos Planos Regionais, de acordo com as necessidades definidas no Plano Municipal de Habitação e na Legislação de Uso e Ocupação Do Solo.

De acordo com o § 1º do artigo 181 do plano diretor a delimitação de novas ZEIS 1 deverá obedecer os seguintes critérios:

- áreas ocupadas por favelas, aptas à urbanização;
- áreas usucapidas coletivamente e ocupadas por moradores de baixa renda;
- loteamentos e parcelamentos irregulares e precários, ocupados por famílias de baixa renda.

Para a delimitação de nova ZEIS 4 é estabelecido como critério as áreas de proteção ambiental, localizadas em Macroáreas de conservação e recuperação,

passíveis de alocar população moradora em favelas existentes nas proximidades; e áreas passíveis de intervenção com controle ambiental. (§ 4º do artigo 181).

Através da delimitação dos perímetros das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como ZEIS 1 o Poder Público municipal através da Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano(SEHAB) tem o respaldo legal para promover a urbanização e regularização fundiária destas áreas, em especial nas áreas de proteção ambiental através das ZEIS 4.

3.ZEIS e Áreas de Risco

O plano diretor não permite o parcelamento do solo nas ZEIS nas áreas que apresentem risco à saúde ou à vida . Esta norma atende o Estatuto da Cidade que estabelece a obrigação de assegurar o direito à moradia das famílias que estão ocupando área pública considerada como área de risco em outro local quando esta população tem o direito a concessão de uso especial para fins de moradia. (§ 5º do artigo 181).

A regularização fundiária não é permitida nas áreas que apresentem em especial as seguintes situações de risco:

- terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações, salvo aqueles objeto de intervenção que assegure a drenagem e o escoamento das águas;
- terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, salvo se previamente saneados;
- terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo aqueles objeto de intervenção que assegure a contenção das encostas, atestando a viabilidade da urbanização; terrenos onde as condições físicas não recomendam a construção;
- áreas em que a degradação ambiental impeça condições sanitárias adequadas à moradia digna;
- áreas encravadas, sem acesso à via pública;
- áreas contaminadas no subsolo ou lençol freático por infiltrações químicas que causem dano à saúde.

4. ZEIS e Operações Urbanas

A operação urbana consorciada nos termos do artigo 32 do Estatuto da cidade é compreendida como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público

municipal com a participação de proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

De acordo com o § 2º do artigo 32 do Estatuto da Cidade podem ser previstas como medidas nas operações urbanas consorciadas a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo, alterações das normas edilícias, e a regularização das construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

No âmbito das transformações urbanísticas estruturais e melhorias sociais um dos objetivos das operações urbanas consorciadas pode ser a urbanização e regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda.

Nos termos do caput do artigo 32, para a aplicação do instrumento da operação urbana consorciada é necessário que o Município institua a operação através de uma lei municipal específica que delimite a áreas objeto da operação. Esta lei municipal deve ser instituída de acordo com o plano diretor.

O plano diretor estabelece os critérios para a aplicação do instrumento da operação urbana consorciadas de forma conjugada com as ZEIS como meio de viabilizar a regularização fundiária de áreas públicas ocupadas por população de baixa renda.

O artigo 173 do plano diretor versa sobre os critérios que devem ser aplicados nas ZEIS cujos limites estejam compreendidos dentro dos perímetros das operações urbanas consorciadas. Isto significa que é possível através das leis específicas que delimitam os perímetros das operações urbanas consorciadas, incluir na área da operação as áreas públicas ocupadas por população de baixa renda através da delimitação destas áreas através das ZEIS 1. O Município de São Paulo pode através de uma lei municipal que rege uma operação urbana específica instituir uma ZEIS 1 para fins de regularização fundiária, bem como as demais categorias de ZEIS.

O artigo 173 possibilita que parte dos recursos provenientes da operação urbana (venda dos certificados de potencial construtivo, contrapartida dos proprietários e investidores privados), sejam destinados a produção de habitação de interesse social nas ZEIS. O coeficiente de aproveitamento máximo para fins de construção na ZEIS é o coeficiente definido para a operação urbana. Quanto aos índices e parâmetros de uso e ocupação do solo de áreas públicas ocupadas por população de baixa renda delimitadas como ZEIS 1, podem ser definidos de forma específica para atender o objetivo da urbanização e regularização fundiária.

No caso de produção de habitação de interesse social ou habitação de mercado popular com até 50 m² de área útil total, a concessão de direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico definido na operação urbana , será gratuito na área delimitada como ZEIS até o coeficiente máximo definido.. Se o coeficiente de aproveitamento básico for igual a 1 e coeficiente máximo igual a 2 , a concessão de direito de construir será gratuita até atingir o coeficiente máximo igual a 2.

A utilização conjugada das operações urbanas consorciadas com as ZEIS é uma forma de atender a diretriz da justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização prevista no inciso IX do artigo 2º do Estatuto da Cidade. Os investimentos privados voltados a atender os interesses do setor imobiliário tem parte dos seus recursos revertidos para atender o interesse social da moradia das populações de baixa renda que ocupam áreas públicas ou particulares , especialmente nos bairros periféricos.

Ao mesmo tempo que se promove o desenvolvimento econômico da cidade com as transformações urbanísticas , o Poder Público municipal atende o objetivo da política urbana habitacional de promover o direito à moradia de grupos sociais que vivem em áreas urbanas em condições precárias e inadequadas de habitação.

5. ZEIS E Plano de Urbanização

5.1. Gestão do Plano de Urbanização

O plano de urbanização é o instrumento instituído e executado pelo Poder Público Municipal, que orienta as intervenções nas ZEIS. De acordo com o artigo 175 do plano diretor o plano de urbanização de cada ZEIS deve ser estabelecido por decreto do Poder Executivo Municipal . O decreto municipal deve estabelecer a competência da SEHAB para elaborar e executar os planos de urbanização e constituir um conselho gestor composto por representantes dos moradores e do Executivo que deverão participar de todas as etapas de elaboração do plano de urbanização e de sua implementação (§ 2º do artigo 175).

Para a elaboração do plano de urbanização de cada ZEIS é necessário que seja constituído pelo Executivo Municipal o Conselho Gestor da respectiva ZEIS .Na elaboração do plano de urbanização, bem como na sua implementação o Executivo Municipal deve assegurar a participação dos seguintes setores de acordo com o artigo 178 do plano diretor: população moradora das ZEIS, ou daquela para a qual as ZEIS estiverem destinadas ou de representantes das suas associações; representante da Subprefeitura envolvida; representantes dos proprietários de imóveis localizados nas ZEIS.

O Plano de Urbanização de cada ZEIS para ser instituído por decreto municipal precisa ser subscrito pelo Conselho Gestor da respectiva ZEIS e aprovados pela Comissão de Avaliação de Empreendimentos Habitacionais de Interesse Social – CAEIHIS da SEHAB (artigo 178).

Através do plano de urbanização serão estabelecidas as ações e as medidas necessárias para assegurar que o objetivo das ZEIS seja alcançado. Com relação as área públicas ocupadas por população de baixa renda delimitadas como ZEIS 1 ,o Executivo Municipal deverá definir as ações e os critérios de urbanização e os instrumentos que serão utilizados para fins de regularização fundiária.

O plano de urbanização pode abranger mais de uma zona especial de interesse social – ZEIS de acordo com o § 8º do artigo 175 do plano diretor. O Executivo municipal pode editar um decreto municipal que trate do plano de urbanização em área de proteção aos mananciais que tenha área pública ocupada pro população de baixa renda delimitada como ZEIS 1 e glebas ou terrenos adequados a urbanização delimitados como ZEIS 4.

Conteúdo do Plano de Urbanização

O artigo 175 estabelece quais são os itens que devem constar do plano de urbanização. O primeiro item que deve constar do plano são as diretrizes, índices e parâmetros urbanísticos para o parcelamento, uso e ocupação do solo e instalação de infra-estrutura. Cabe ressaltar que o plano diretor autoriza o Executivo municipal através de decreto municipal definir as normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação através do plano de urbanização das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda definidas como ZEIS 1.

De forma alguma pode ser considerado vício de legalidade esta delegação ao Executivo Municipal uma vez que a delimitação das áreas como ZEIS somente podem ser efetuadas através do próprio plano diretor ou lei municipal específica. Portanto a definição destas áreas como áreas de interesse social e as restrições de uso e ocupação do solo para outros tipos de usos (comercial, industrial) são instituídas por lei municipal através do órgão competente que é a Câmara Municipal de Vereadores. Os proprietários destas áreas incluindo do Poder Público ficam vinculados ao zoneamento definido pro lei municipal como zoneamento especial de interesse social.

O Executivo municipal ao dispor de normas especiais de urbanização através do plano de urbanização estabelecido por decreto municipal atende os preceitos legais da Lei Orgânica do Município, não configurando vício de iniciativa. As normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo para serem vinculantes ao Poder Público municipal e observadas pelos moradores e proprietários devem estar em harmonia com as normas do plano diretor e demais legislações municipais que versem sobre normas de urbanização e regularização fundiária. Em especial as normas do plano de urbanização instituído por decreto municipal deverá respeitar as normas básicas estabelecidas no artigo 176 do plano diretor, na legislação de Habitação de Interesse Social e nas normas técnicas pertinentes

O plano de urbanização deve conter um diagnóstico da ZEIS que contenha no mínimo uma análise físico-ambiental, análise urbanística e fundiária e caracterização socioeconômica da população residente. O diagnóstico é o primeiro passo para definir as normas especiais de urbanização, das ações e intervenções e os instrumentos necessários para a urbanização e regularização fundiária.

O plano de urbanização deve conter os projetos e as intervenções urbanísticas necessárias à recuperação física da área. Estes projetos devem conter de acordo com as características locais, sistema de abastecimento de água e coleta de esgotos, drenagem de águas pluviais, coleta regular de resíduos sólidos, iluminação pública, adequação dos sistemas de circulação de veículos e pedestres, eliminação de situações de risco, estabilização de taludes e de margens de córregos, tratamento adequado das áreas verdes públicas, instalação de equipamentos sociais e os usos complementares ao habitacional.

Deve ser incluído no plano de urbanização os instrumentos que serão aplicados para promover a regularização fundiária. No caso das áreas públicas deverá definir se será aplicada a concessão de uso especial para fins de moradia, ou a concessão de direito real de uso, a cessão de posse ou a alienação da área através da compra e venda.

O plano de urbanização deve conter as condições para o remembramento de lotes; por exemplo quando houver necessidade de parte da área objeto de regularização fundiária para os equipamentos sociais ou públicos como uma creche ou escola municipal.

O plano de urbanização deve definir a forma de participação da população na implementação e gestão das intervenções nas ZEIS, como a criação de comitês por quadras ou ruas. Bem como a forma de integração das ações dos diversos setores públicos que interferem na ZEIS objeto do Plano através de comissões; equipes intersetoriais.

O plano de urbanização deve especificar as fontes de recursos para a implementação das intervenções, recursos orçamentários, do Fundo Municipal de Habitação, do Fundo de Desenvolvimento Urbano – FUNDURB.

O plano de urbanização deve especificar as atividades que serão desenvolvidas para geração de emprego e renda; e constituir um plano de ação social, de modo a atender as necessidades da população de baixa renda que serão beneficiadas pelo plano de urbanização.

Para o desenvolvimento e implementação do plano de urbanização o Executivo municipal pode prestar ou oferecer assessoria técnica, jurídica e social à população moradora na área das ZEIS. A SEHAB pode constituir um programa de assessoria técnica, jurídica e social gratuita para a população moradora nas ZEIS tenham o suporte técnico necessário tanto para fins de urbanização como da regularização fundiária.

O plano diretor reconhece o direito dos proprietários de lote ou glebas e as entidades representativas dos moradores de ZEIS de apresentar ao Executivo propostas para o plano de urbanização(§ 3º do art. 175). A prestação de assessoria técnica, jurídica e social para as comunidades das áreas públicas ocupadas pode viabilizar uma capacitação dos moradores e seus líderes e organizações (associações de moradores), sobre a política e os instrumentos de regularização fundiária, criando as condições para a comunidade apresentar propostas na elaboração do plano de urbanização e acompanhar o processo de execução do plano.

5.2 Normas Básica do Plano de Urbanização

O artigo 176 do plano diretor dispõe sobre as normas básicas para o plano de urbanização e para a aprovação do parcelamento do uso e ocupação do solo nas ZEIS. Para a aprovação de qualquer empreendimento nas ZEIS 1 deverão ser observadas as normas, índices e parâmetros definidos para a Zona de Uso Z2 pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo vigente, acrescida da permissão para aprovação do uso R2-02, garantida a destinação de, no mínimo, 70% (setenta por cento) da área construída total para Habitação de Interesse Social - HIS em cada lote ou gleba, excetuados dessa exigência os lotes regulares que já apresentem área igual ou inferior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), na data da aprovação do plano diretor.

Na produção de novas unidades de Habitação de Interesse Social deverão ser observadas as normas previstas na legislação específica de Habitação de Interesse Social - HIS para a Zona de Uso Z2.

Com relação as áreas de parcelamentos e loteamentos irregulares delimitados como ZEIS 1, deverão ser utilizados os parâmetros e regulamentação previstos na legislação específica de regularização de loteamentos.

Quanto às áreas públicas ocupadas por população de baixa renda delimitadas como ZEIS 1, através do plano de urbanização o Executivo municipal está autorizado a definir as diretrizes específicas, visando à regularização do parcelamento do solo e das moradias pré-existentes, de modo a garantir condições de segurança e salubridade destas áreas.

Com relação aos logradouros e demais áreas reservadas para uso público situados em ZEIS, necessários para a implementação do plano de urbanização, deve ser efetuada a desafetação do uso público, de acordo com o § 4º do art. 175. Esta exigência de desafetação diz respeito as áreas públicas ocupadas por população de baixa renda considerados pertencentes a categoria do imóveis de bem de uso comum do povo ou especiais.

Nos termos do plano diretor uma das condições para a regularização fundiária de áreas públicas delimitadas como ZEIS 1, localizadas em áreas de proteção aos mananciais é a observância dos parâmetros da legislação estadual pertinente e, em especial, das Leis Específicas de Proteção e Recuperação dos Mananciais. Estes parâmetros dizem respeito as normas previstas nestas legislações para fins de regularização de áreas ocupadas por população de baixa renda (art. 176, inciso I, alínea g). Nas ZEIS 1 o Executivo municipal ao definir no plano de urbanização o coeficiente de aproveitamento das áreas públicas ocupadas, deve observar o coeficiente de aproveitamento mínimo de 0,1 (1 décimo); o coeficiente de aproveitamento básico de 1,0 (um) e coeficiente de aproveitamento máximo de 2,5 (dois e meio).

6. ZEIS e Habitação de Interesse Social

O plano diretor considera como um dos objetivos da política habitacional criar condições para a participação da iniciativa privada na produção de Habitação de Interesse Social - HIS e habitação de renda média baixa, denominada Habitação do Mercado Popular - HMP, especialmente na área central e nos espaços vazios da Cidade(artigo 79, X).

A produção de unidades habitacionais para a população de baixa renda, com qualidade e conforto, assegurando níveis adequados de acessibilidade, de serviços de infra-estrutura básica, equipamentos sociais, de educação, saúde, cultura, assistência social, segurança, abastecimento e esportes, lazer e recreação é uma das diretrizes da política habitacional nos termos do plano diretor (artigo 80,V).

De acordo com o plano diretor Habitação de Interesse Social - HIS, é aquela que se destina a famílias com renda igual ou inferior a 6 (seis) salários mínimos, de promoção pública ou a ela vinculada, com padrão de unidade habitacional com um sanitário, até uma vaga de garagem e área útil de no máximo 50 m² (cinquenta metros quadrados), com possibilidade de ampliação quando as famílias beneficiadas estiverem envolvidas diretamente na produção das moradias(artigo 146, XIII). O Empreendimento de Habitação de Interesse Social é compreendido como o empreendimento que corresponde a uma edificação ou um conjunto de edificações, destinado total ou parcialmente à Habitação de Interesse Social e usos complementares, conforme disposto na legislação específica de habitação de interesse social (artigo 146. XII).

A Habitação de Mercado Popular - HMP, é definida pelo plano diretor como aquela que se destina a famílias de renda igual ou inferior a 16 (dezesesseis) salários mínimos ou capacidade de pagamento a ser definida em lei específica, de promoção privada, com padrão de unidade habitacional com até dois sanitários, até uma vaga de garagem e área útil de no máximo 70m² (setenta metros quadrados) (artigo 146, XIV).

Nas áreas públicas ocupadas por população de baixa renda delimitadas como ZEIS 1 , o plano de urbanização pode estabelecer que parte da área ocupada será destinada para a produção de habitação de interesse social . Esta produção de HIS poderá ser feita em áreas próximas da áreas ocupada pro exemplo para atender a população que será removida por estar ocupando área de risco e tem direito a concessão de uso especial para fins de moradia.

O plano diretor incentiva a produção de habitação de interesse social pelo setor privado nas ZEIS através da concessão de direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico pelo Poder público municipal. Estes incentivos devem ser previstos no plano de urbanização instituído por decreto municipal.

Para todas as categorias de ZEIS a concessão de direito de construir será gratuita para a produção de HIS até o coeficiente de aproveitamento máximo permitido nas ZEIS onde o imóvel esta localizado. NAS ZEIS 2 a concessão do direito de construir é gratuita acima do coeficiente de aproveitamento básico até o coeficiente máximo de 2.5(dois e meio) para empreendimentos em que pelo menos 70 % da área construída seja destinados a HIS ou HMP com até 50m² (cinquenta metros quadrados) de área útil total(artigo 177, IV).

Nas ZEIS 3, a concessão do direito de construir também pode ser outorgada de forma gratuita acima do coeficiente de aproveitamento básico até o coeficiente máximo de 4.0(quatro), para empreendimentos em que pelo menos 50 % da área construída seja destinados a HIS ou HMP com até 50m² (cinquenta metros quadrados) de área útil total(artigo 177, V).

O padrão de unidade habitacional com um sanitário, até uma vaga de garagem e área útil de no máximo 50 m² (cinquenta metros quadrados), compreendido como HIS deve ser observado nos empreendimentos de habitação de interesse social que serão implantados pelo Poder Público ou pelo setor privado em parceria com o Poder Público municipal. As normas de uso e ocupação do solo e edificações previstas na legislação de HIS, devem ser observadas pelo Poder público nos casos de produção de conjuntos habitacionais e empreendimentos de HIS.

Estas normas da lei de HIS não se confundem com as normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo, e de edificação que devem ser instituídas nos planos de urbanização das ZEIS. As diretrizes, índices e parâmetros urbanísticos para o parcelamento, uso e ocupação do solo e instalação de infra-estrutura devem levar em conta a situação de fato, a forma como a população promoveu o uso e ocupação da área e o padrão das edificações existentes.

As normas da lei de HIS podem ser utilizadas de forma subsidiária mas não como normas vinculantes para os planos de urbanização de áreas ocupadas por população de renda, uma vez que o plano diretor autorizou o Executivo municipal constituir normas especiais de urbanização e regularização fundiária destas áreas por decreto municipal.

A finalidade essencial das ZEIS é justamente conferir uma legalidade para os padrões de uso e ocupação estabelecido de forma específica pelo Poder público municipal nos assentamentos populares através do plano de urbanização. Cabe ao Executivo Municipal através do plano de urbanização considerar a realidade e especificidade de cada área ocupada e definir os padrões de uso, ocupação do solo e edificações que possibilitem condições mínimas de habitação adequada.

Podemos concluir que para cada área pública ocupada por população de baixa renda delimitada por lei municipal como ZEIS 1, as normas especiais de urbanização que devem ser aplicadas são as estabelecidas no decreto municipal que dispõe sobre o plano de urbanização desta área.

7. Conclusões

O plano diretor possibilita, a regularização do uso, ocupação do solo e das edificações para fins de moradia de áreas públicas ocupadas por população de baixa renda através das zonas especiais de interesse social –ZEIS, em especial através das ZEIS 1.

A delimitação das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda como ZEIS 1 que abrange as favelas atende o interesse público e social de proteger o direito à moradia da população ocupante e conferir uma função social para a propriedade pública.

O plano diretor por abranger todo o território do Município nos termos do Estatuto da Cidade, ao tratar das áreas que podem ser delimitadas como ZEIS, confere ao Poder Público municipal demarcar como ZEIS 1 as áreas públicas ocupadas por população de baixa renda que devem ser urbanizadas e regularizadas na macrozona de estruturação de estruturação e qualificação urbana em especial na macro-área de urbanização e qualificação, como também na macrozona de proteção ambiental em especial na macro-áreas de conservação e recuperação, onde a ZEIS 1 deve ser aplicada de forma conjugadas com as ZEIS 4.

As áreas situadas nos perímetros das ZEIS que apresentam risco à saúde e vida por não passíveis de regularização fundiária o que não significa que o Executivo municipal não deve assegurar o direito à moradia para a população ocupante em outro área que tenha sido declarada como ZEIS , especialmente para a população de baixa renda que tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia

O Poder Público municipal para fins de viabilizar e urbanização e a regularização fundiária de uma área pública ocupada por população de baixa renda pode delimitar esta área como ZEIS 1 no perímetro de uma operação urbana consorciada.

Em razão do plano diretor atribuir ao plano de urbanização das ZEIS a competência para estabelecer as normas de urbanização, uso e ocupação do solo e das edificações da área objeto da urbanização e regularização fundiária, o Executivo municipal tem o respaldo legal para instituir estas normas especiais através de decreto municipal. As restrições de uso da propriedade urbana para fins de interesse social numa área delimitada como ZEIS é oriunda das normas do próprio plano diretor ou da lei municipal.que instituiu a ZEIS e não do decreto municipal que institui o plano de urbanização.

Aplicam-se nas ZEIS as normas da lei de HIS para a produção e implantação de empreendimentos de habitação de interesse social, e as normas dos planos de urbanização para a urbanização e regularização fundiária das áreas ocupadas por população de renda, uma vez que o plano diretor autorizou o Executivo municipal constituir normas especiais de urbanização e regularização fundiária destas áreas por decreto municipal.

CAPÍTULO III - CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

1. Introdução

A concessão de uso especial para fins de moradia foi prevista pelo art. 183 da CF/88 e pelo art. 4º do Estatuto da Cidade, sendo regulado pela MP n. 2.220/2001.

Pode ser conceituado como “um direito subjetivo garantido aos ocupantes de áreas públicas que até a data de 30 de junho de 2001 tenham já cinco anos de posse sobre terreno urbano de até 250m² e o utilizem para fins de moradia sem serem proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

Nos termos da MP nº 2.220, seus pressupostos básicos são: a) *gratuidade*; b) possibilidade de transferência *causa mortis* e *inter vivos*; c) possibilidade de *acrescentar à posse a do seu antecessor* (desde que contínua) e d) *obrigatoriedade de outorga* se preenchidos os requisitos legais.

Trata-se de um *direito real*, isto é, oponível a terceiros e não apenas ao concedente, tendo por título um **contrato** entre o Poder Público e o ocupante de área pública levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis para ter eficácia *erga omnes*, aperfeiçoando-se como direito real.

2. Da necessidade do instrumento contratual

Nos termos do art. 6º, parágrafo 4º da MP nº 2.220/01, embora o título conferido pela Administração ao requerente sirva para efeito de registro no Cartório de Registro de Imóveis, entendemos necessária a elaboração de um **contrato de concessão de uso especial para fins de moradia**.

Assim entendemos, dada a estreita similaridade existente entre os institutos da *concessão de direito real de uso (CDRU)* e a *concessão de uso especial* exposta no item anterior.

Ora, os institutos da CDRU e da *concessão de uso especial* serão aplicados aos casos de ocupação irregular, propiciando à população de baixa renda a legitimação da posse. Verifica-se,

pois, o objetivo comum da implementação de tais institutos por parte do Poder Público: a **moradia de interesse social**.

Sendo assim, em princípio, **as situações de ocupação irregular serão saneadas por meio de um ou outro instituto**, observando-se cada caso concreto e a ocorrência dos requisitos legais que apontam para a utilização da CDRU ou da *concessão de uso especial*.

Nestas circunstâncias, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei nº 271/67, a CDRU é conceituada como “direito real resolúvel”, devendo ser formalizada por instrumento público ou particular, sendo a doutrina unânime quanto à necessidade da celebração de um **contrato administrativo**.⁴

Da mesma forma, mesmo que a MP nº 2.220 não tenha feito referência expressa à celebração de um instrumento contratual, não seria concebível considerar que a *concessão de uso especial*, enquanto direito real, dispensasse o termo contratual. Se assim fosse, a Administração Pública estaria diferenciando instrumentos jurídicos que, na prática, estarão sendo utilizados **para a mesma finalidade**, criando instabilidade social e política entre a população beneficiada por um ou outro instrumento no âmbito de um programa de regularização fundiária.

No mesmo sentido, desconsiderar a necessidade de termo contratual será reconhecer que a outorga da *concessão especial* será aperfeiçoada⁵ mediante um simples **ato administrativo**. Se assim fosse, ou seja, se aceitássemos a hipótese de a *concessão de uso especial* aperfeiçoar-se mediante um ato administrativo, estaríamos equiparando esse instrumento a atos administrativos considerados **precários**, a exemplo da mera permissão ou autorização de uso⁶.

Portanto, resta translúcida a necessidade do ato de outorga do direito subjetivo à *concessão de uso especial para fins de moradia* ser aperfeiçoado mediante **contrato**

4

Cf. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 2001, p. 485/490.

⁵ Reconhecemos que a decisão que outorga o direito subjetivo à concessão de uso especial é um ato administrativo. Todavia, o mesmo somente aperfeiçoa-se mediante a celebração de um contrato administrativo, que regravará os termos do ajuste entre as partes contratantes.

⁶A permissão e autorização de uso são conceituadas por Diogenes Gasparini como: “atos administrativos veiculados por decreto ou portaria, pelos quais a Administração Pública outorga a alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, o uso privativo de um bem que lhe pertence, mediante certas condições.” Cf in *Direito Administrativo*, 2000, p. 690.

6

administrativo, buscando-se com isso atribuir segurança às relações jurídicas firmadas entre a população carente⁷ e o Poder Público.

3. Natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia

A concessão de uso especial para fins de moradia é um instituto jurídico que propicia meios para a regularização fundiária de áreas públicas ocupadas pela população de baixa renda e que visa o interesse social e o bem coletivo.

A **Concessão de uso especial para fins de moradia**, como já vimos, enquadra-se no conceito de concessão de uso, e está disciplinada pela Medida Provisória nº 2220 de 04 de setembro de 2001 e estabelece as seguintes condições para sua concessão:

- a) possuir como seu imóvel público situado em área urbana
- b) de até duzentos e cinquenta metros quadrados
- c) que até a data de 30 de junho de 2001 tenham já cinco anos de posse, ininterruptamente e sem oposição
- d) utilizando-o para sua moradia ou de sua família
- e) não ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Caracteriza-se, igual a concessão de direito real de uso, por ter natureza jurídica de **direito real**, já que possibilita uma relação direta entre o bem e o concessionário, uma vez constituída torna o bem que dela foi objeto afeto ao poder do concessionário, sujeito a ele, esta relação passa a produzir efeitos para a coletividade, que tem, desde então, o dever de respeitá-la e assim a **oponibilidade erga omnes**.

A concessão de uso especial para fins de moradia é constituída entre duas pessoas, o concedente e o concessionário, o concedente dispõe do bem e outorga a concessão, o concessionário é o que recebe o bem, sendo portanto o titular o direito real instituído.

Apesar de constar termo administrativo, não significa tratar-se de ato unilateral e sim **bilateral**, já que é celebrado entre a Administração Pública - poder concedente e o particular-concessionário, gerando para a primeira a obrigação de regularizar a situação fundiária do imóvel e para o segundo a obrigação de respeitar a finalidade do bem, ou seja, moradia.

⁷ Lembre-se aqui, que a Lei nº 1.694/90 dispensa do pagamento de emolumentos extrajudiciais os juridicamente necessitados.

Por meio da concessão de uso especial para fins de moradia, constituída em favor de outra pessoa, **cria-se um direito de fruição plena em relação a um bem, em troca de que nele se realize a um determinado fim.**

Nasce com a presença necessária dos **requisitos para contratar, objeto lícito de conteúdo patrimonial, capacidade civil para contratar, forma prescrita em lei para fruição do bem.**

Trata-se a concessão de uso especial para fins de moradia de um **contrato administrativo**, bilateral, gratuito, e não precário, igualmente a concessão de direito real de uso: a Administração Pública firma com o particular um ajuste de vontades com a finalidade de atingir o objetivo de interesse público, que é a função social da propriedade. Como já foi dito anteriormente, é bilateral pois resulta em obrigações para ambas as partes envolvidas; ao poder concedente cabe atendidas as condições, a outorga do título ao concessionário e a este, cabe dar ao imóvel a finalidade pactuada, que é moradia. Portanto, a concessão de uso especial para fins de moradia, tem natureza contratual.

Entretantes, é não precário, uma vez que celebrado o contrato a Administração não pode agir discricionariamente, ou seja, não pode atuar com juízo de conveniência e oportunidade para a extinção do contrato, pois se assim o fizer, o concessionário fará jus `a indenização.A Administração Pública somente poderá agir, nas hipóteses já anteriormente referidas (artigo 8º da MP).

Não se pode esquecer que a aplicação do princípio da mutabilidade existente nos contratos administrativos deve cingir-se à defesa motivada do interesse público, funcionando, paradoxalmente, na prática, mais como exceção que como regra.

É um direito concedido de forma gratuita tanto ao homem, quanto a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (artigo 1º, parágrafo 1º da Medida Provisória nº 2220 de 04 de setembro de 2001).

Os efeitos da concessão especial para fins de moradia subsumem-se, basicamente, em direitos e obrigações, que passam a existir para o concedente e o concessionário a partir do registro em cartório. Ressalvada a obrigação do prazo máximo de doze meses para a Administração Pública decidir sobre o pedido (prazo contado da data do protocolo), estabelecido no § 1º do artigo 6º da Medida Provisória nº 2.220 de 4 de setembro de 2001.

Extingue-se a concessão especial para fins de moradia quando o concessionário:

- a. dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família,
- b. adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural (artigo 8º da M.P. 2.220 de 4.9.2001).
- c. Ou, pela morte do concessionário sem herdeiros.

Relativamente ao **concessionário**, são os seguintes seus principais direitos:

- a. manter a posse, usar, fruir e administrar o bem, de acordo com a finalidade especificada (artigo 1º da M.P. 2.220 de 4.9.2001)
- b. transferir a concessão de uso especial para fins de moradia por ato inter vivos ou causa mortis (artigo 7º da M.P. 2.220 de 4.9.2001)
- c. utilizar-se dos remédios possessórios para a defesa e proteção de sua posse.

Por outro lado, configuram-se como **obrigações do concessionário**:

- a. respeitar e dar cumprimento à finalidade de interesse social (a moradia) para a qual foi estabelecida a concessão especial para fins de moradia.
- b. conservar o bem cujo o uso lhe foi concedido.
- c. responder pelos tarifas dos serviços públicos e encargos tributários.

Relativamente ao concedente são direitos seus:

- a. promover a fiscalização para manter a destinação de moradia do imóvel objeto da concessão.

a. reaver o imóvel , no caso de extinção da concessão.

Serão **obrigações do concedente**:

- a. respeitar o domínio útil do concessionário
- b. outorgar o título de concessão especial para fins de moradia para aqueles que preencherem os requisitos estabelecidos nos artigos 1º e 2º da M.P. 2.220 de 4.9.2001.

O artigo 15 da Medida Provisória 2220 de 04 de setembro de 2001, alterou o artigo 167 da lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e determinou que no **Registro de Imóveis**, além da

matrícula, serão feitos o registro do termo administrativo ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia e também do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público.

A Medida Provisória estabelece a possibilidade de **requerer o título de concessão de uso especial para fins de moradia, via administrativa e em caso de recusa ou omissão desta, requer via judicial** (artigo 6º). Além disso, fixou o **prazo máximo de doze meses para a Administração Pública, decidir sobre o pedido** (prazo contado da data do protocolo).

Caracteriza-se por ser um **direito subjetivo**, pois se estiverem satisfeitas todas as condições exigidas pela MP nº 2220/01, o poder concedente deve conceder a outorga do título de concessão de uso especial para fins de moradia, ao concessionário, portanto, não está a concessão de uso especial para fins de moradia sujeita a licitação, essas condições são as já citadas e descritas no artigo 1º “caput”,.

Como a concessão de uso especial para fins de moradia é um direito real, o concessionário atua com poder jurídico, direto e imediato sobre o imóvel, com exclusividade e contra a própria Administração Pública, quando esta atuar com abuso de poder ou com ilegalidade, ou seja, fora das hipóteses previstas para extinção da concessão.

É um direito que é **transmissível por ato inter vivos ou causa mortis**, segundo redação do artigo 7º da Medida Provisória nº 2220 de 04 de setembro de 2001.

Além disso, é um direito resolúvel, ou seja, o imóvel reverterá ao poder concedente caso o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família ou ainda, adquira a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. A **extinção, será averbada no cartório de registro de imóveis**, por meio de declaração do poder público concedente (artigo 8º, incisos I ,II e parágrafo único).

Não obstante, não esteja mencionado no art. 1º e 2º da Medida Provisória nº 2220 de 04 de setembro de 2001, **poderá o possuidor acrescentar à sua posse a de seu antecessor desde que ambas sejam contínuas**, já que há que se interpretar a lei como uma hermenêutica teleológica, assim aplicar-se-á tanto para concessão especial para fins de moradia de forma individual como coletiva, uma vez que são instrumentos idênticos visando atingir a mesma finalidade.

Cabe assinalar, ainda, que trata-se de um direito exclusivo, uma vez que, sobre o mesmo imóvel não pode haver dois direitos reais de igual conteúdo.

Com relação ao registro da concessão de uso especial a declaração reconhecendo o direito à concessão de direito especial de uso, em caráter individual ou coletivo, obtida por via administrativa ou judicial, constituirá título hábil para o registro de imóveis, conforme parágrafo 4º do artigo 6º.

De acordo com o artigo 15 da MP a lei nº 6.015, de 1973 foi alterada para tratar do registro público da concessão especial de uso para fins de moradia. Através do artigo 15 da MP é alterado o inciso I do Artigo 167 da lei de registros públicos que versa sobre a modalidade do registro, incluindo o item 37 que possibilita o registro dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia.

4. Efeitos da Concessão de Uso Especial Coletiva

Nos termos do artigo 2º fica reconhecido o direito a concessão de uso especial para fins de moradia de forma coletiva nos imóveis públicos com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados ocupados por população de baixa-renda até 30 de junho de 2001 que os possuam como seus por cinco anos, onde não for possível identificar os lotes de terreno ocupados por cada possuidor.

A concessão especial de uso será outorgada coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários de outro imóvel urbano ou rural, conforme o artigo 2º.

O comando constitucional da concessão de uso especial ser um instituto destinado a reconhecer o direito à moradia das populações pobres que vivem nas favelas situadas em áreas públicas é respeitado na medida provisória em razão da concessão de uso coletiva ser admitida somente para as áreas públicas ocupadas por população de baixa renda.

Não é admissível a concessão de uso especial para fins de moradia para áreas públicas ocupadas por população de renda média ou alta. Não se configura neste caso um direito subjetivo para os ocupantes áreas públicas que tenham um padrão de renda elevado e apresentem um ocupação e edificação de alto padrão.

O tipo de posse existente nessas áreas urbanas, caracterizadas como favelas, onde a comunidade tem a posse comum ou coletiva, configura a composses prevista no artigo 448 do Código Civil, no qual cada possuidor tem a posse sobre partes ideais da coisa, exercendo-a de modo que não se exclua igual direito por parte de cada um dos compossuidores. Os efeitos

jurídicos da posse que é mantida por uma pessoa tem a mesma validade para a posse que é mantida de forma coletiva.

O principal é caracterizar a composses existente nesses espaços físicos onde a comunidade através de regras de uso do solo informais convencionam as áreas destinadas para cada morador e a as áreas comuns a todos como, a igreja, escola, centro comunitário, creche, sede da Associação dos Moradores, as vielas, locais para lavagem de roupa, depósitos de lixo, etc.

Sempre que for impossível individualizar os lotes ocupados por cada um dos moradores, em área pública, deve ser requerido o reconhecimento do direito da concessão especial de uso para fins de moradia através de forma coletiva.

Para computar o período de posse de cinco anos para ter direito a concessão coletiva, é permitido ao possuidor acrescer ao seu prazo o de seu antecessor desde que ambas sejam contínuas de acordo com o § 1º do artigo 2º.

Esta norma é fundamental em razão da rotatividade existentes nas favelas, onde o objetivo é assegurar a moradia para a pessoa que estiver na posse do imóvel. Vamos supor que o morador de um imóvel na favela esteve na posse deste imóvel por dois anos e o atual possuidor está na posse do imóvel há três anos, não tendo ocorrido nenhuma interrupção de posse. O atual possuidor poderá computar o prazo de posse de dois anos do antigo possuidor para fins de comprovar o tempo de cinco anos de posse para fins da concessão de uso especial para fins de moradia .

Para o reconhecimento do direito à concessão de uso especial coletiva por via administrativa ou via judicial , é preciso delimitar a fração ideal de terreno de cada possuidor, considerando que na área urbana ocupada coletivamente não é possível identificar os terrenos para cada possuidor.

A Medida Provisória através do § 2º do artigo 2º, possibilita duas hipóteses para o ser atribuída a fração ideal do terreno. Na primeira a Administração Pública por termo administrativo pela via administrativa ou o juiz na sentença pela via judicial atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe. Na outra hipótese a Administração Pública pela via administrativa ou o juiz na sentença pela via judicial com base em acordo escrito entre os ocupantes, atribuirá frações ideais diferenciadas.

Nestas duas hipóteses, um pressuposto básico para a promoção da ação de usucapião especial coletiva urbana, é da elaboração do plano de urbanização da área urbana ocupada considerando a diretriz da regularização fundiária ser desenvolvida em conjunto com urbanização. Neste plano de urbanização, podem ser definidas às vielas e áreas comuns que já existem na áreas ou que serão necessárias para a urbanização.

De acordo com o § 3º do artigo 2º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados. Nesse sentido, o aspecto físico-urbanístico será relevante para elucidar as dúvidas quanto à posse de cada possuidor de uma área possuída coletivamente.

A adoção de um memorial descritivo semelhante ao exigido para o parcelamento do solo na abertura de loteamentos, onde através de um planta ou croquis seja desenhada a situação de fato com a medição real dos espaços ocupados individualmente e das áreas comuns, é condição básica para possibilitar a atribuição da fração ideal do terreno para cada um dos possuidores diante de uma posse coletiva.

Com relação a sentença da concessão coletiva especial para fins de moradia na regulamentação que foi vetada pelo Presidente da República , havia uma previsão de se r aplicada as mesmas regras da sentença do usucapião urbano coletivo no que diz respeito a constituição de um condomínio especial para fins de registro cartorial.

Em razão da finalidade da concessão especial ser a mesma do usucapião urbano coletivo de modo a legalizar uma área urbana consolidada para uso de moradia de população de baixa renda , por analogia poderão ser aplicadas as regras do artigo 10 do Estatuto da cidade que dispõem sobre a constituição de um condomínio especial através da sentença judicial.

Conclui-se, como demonstrado, que a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia, ambas tem natureza jurídica no direito real e natureza contratual, gerando assim direitos e obrigações tanto para o concedente como para o concessionário, com de objetivo do cumprimento da finalidade pactuada e prescrita em lei, no caso a moradia. O que se tem em vista é a consecução de um fim social , o direito social à moradia, constitucionalmente garantido, através da emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, para que a propriedade atenda sua função social (inciso XXIII do artigo 5º combinado com o artigo 182 da Constituição Federal) atendendo assim os objetivos do Estatuto

da Cidade expresso em suas diretrizes gerais (inciso XIV do artigo 2º Lei Federal nº 10.257 de 10 de junho de 2001).

E segundo doutos ensinamentos o professor Hely Lopes Meirelles:

“Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido , importará em renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da administração”⁸

5. Posse contínua e incontestada: a oposição na concessão de uso especial

Considerando-se que a MP n. 2.220 determina ser requisito para a outorga da *concessão de uso especial* que o ocupante *“possua como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição”* a posse de imóvel público, a questão da **oposição** torna-se primordial no processo de regularização fundiária objetivado pela PMSP.

Com efeito, o enfrentamento desta questão ainda é bastante inicial entre os juristas e ainda não abordado pela jurisprudência, na medida em que o Estatuto da Cidade e a MP n. 2.220 integram recentemente o ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, lembramos que o Estatuto da Cidade e tampouco a MP nº 2.220 esclarecem os aspectos relacionados à **oposição** no cômputo do prazo aquisitivo no caso da *concessão de uso especial*, razão pela qual a análise jurídica desta questão não escapará de um enfoque: o instituto da *usucapião*.

O instituto da *usucapião*, particularmente a usucapião urbano prevista no já citado art. 183, guarda estreita relação com a *concessão de uso especial* posto que são previsões constitucionais ligadas à posse mansa e pacífica de área urbana, e suas semelhanças serão por

⁸ “Direito Administrativo Brasileiro” 27ª edição, página 85

nós utilizadas para definirmos os critérios e limites da **oposição** na questão atinente ao prazo de ocupação (prazo aquisitivo do direito subjetivo), ou seja, a *posse contínua e sem interrupção*.

A maioria dos juristas conceitua a usucapião como a “forma de aquisição de natureza originária”, nos termos dos arts. 1.238 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

A par de outros requisitos a serem observados para a usucapião ordinário, extraordinário e constitucional, a exemplo da boa fé e do justo título, nos limitaremos a enfrentar a questão da **posse contínua e incontestada**, uma vez que neste ponto aproximam-se os institutos da *usucapião* e da *concessão de uso especial* nos aspectos que nos interessam tratar.

a) Os sujeitos:

No instituto da usucapião, por posse contínua (ou “sem interrupção” como diz a Lei), deve entender-se a sucessão ordenada e regular de atos possessórios, ou seja, o usucapiente deve provar que foi diligente na prática de atos possessórios, se mantendo eficazmente na posse do bem.

Segundo Nelson Luiz Pinto “O Código Civil, ao tratar da posse que possibilita a aquisição do domínio pelo usucapião, refere-se à posse contínua e incontestada, podendo levar, equivocadamente, a uma interpretação de que a posse, além de não poder sofrer interrupção durante o lapso de tempo fixado, deveria ser exercida sem oposição por parte de **quem quer que seja**”. (grifo nosso).⁹

Entende o autor, que ao aludir à “posse incontestada” quis o legislador pátrio referir-se à oposição feita **por parte do proprietário ou por terceiros legítimos interessados**¹⁰ que se manifestem contra a posse exercida pelo pretendente a usucapir.

Mais concretamente, para que a posse preencha o requisito legal da **não oposição** (ou ininterrupção civil), deve-se provar que a mesma tenha sido exercida, **sem que o proprietário ou um legítimo interessado tenha feito uso dos meios hábeis à interrupção da prescrição**, não bastando, pois, que a posse seja apenas contínua.¹¹ Em outras palavras, a posse deve ser

⁹ Cf. in *Ação de Usucapião*, 1987, p. 101.

¹⁰ Um “terceiro legítimo interessado” pode ser, por exemplo, um titular de algum direito real sobre o imóvel, como a servidão e o usufruto.

¹¹ Idem, p.103

exercida com *animus domini*, de forma mansa e pacífica, sem solução de continuidade, para que possa ser caracterizada como *ad usucapionem*.¹²

Resta delineado o primeiro aspecto atinente à posse contínua e incontestada na *concessão de uso especial*: ***não bastará a oposição efetivada pelos meios que garantam a interrupção do prazo aquisitivo do direito subjetivo, esta deverá ter sido efetivada pelos proprietários ou terceiros legítimos interessados.***

b) As medidas judiciais e extrajudiciais e o prazo aquisitivo do direito subjetivo:

Dispõe o art. 553 do Código Civil: “*As causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (...)*” (grifo nosso).

Nesta esteira, ressaltamos que as causas que impedem ou que suspendem a prescrição encontram-se previstas nos arts. 168 a 171¹³ do Código Civil, sendo que as causas que interrompem a prescrição estão disciplinadas nos arts. 172 a 176¹⁴.

Em que pesem as disposições contidas nos dispositivos supra citados¹⁵, dispõe o art. 172 as causas de interrupção da prescrição, determinado no inciso VI:

“por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

¹² Nos termos do Código Civil, o usucapiente deve demonstrar que possuía a coisa com *animus domini*. Cf. STF-RE 94.329-3 – RT 555/256.

¹³ Arts. 197 e seguintes do Novo Código Civil, ainda não vigente.

¹⁴ Arts. 202 e seguintes do Novo Código Civil, ainda não vigente.

¹⁵ Art. 168. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância do matrimônio; II - entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela; IV - em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda. Art. 169. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 5º; II - contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.

Art. 170. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

Art. 172. A prescrição interrompe-se : I – Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente ; II - Pelo protesto, nas condições do inciso anterior; III- Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

Pois bem, resta determinar quais seriam os **meios** que efetivamente devem ser considerados como caracterizadores da **oposição**, na medida em que eles possam, de fato, proceder à **interrupção do prazo prescricional**.

Medida Judicial

A **oposição** no Direito Pátrio encontra-se traduzida na prescrição do art. 56 do Código de Processo Civil: *“o terceiro que pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controverter autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição”*.

Logo, fundamentada unicamente na noção processual da **oposição**, já poderíamos concluir que a impetração de **medida judicial** a caracterizaria de forma inequívoca, todavia a resposta não seria tão simplista.

Prescreve o art. 172, incisos I e V do Código Civil que a “citação pessoal” e “qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor” terá por efeito **interromper o prazo prescricional**.

No entanto, poderíamos indagar: a oposição manifestada pela propositura de ação julgada improcedente interrompe o prazo aquisitivo? Não, é a resposta do Superior Tribunal de Justiça

“A citação só interrompe a prescrição quando a ação é julgada procedente, mas nunca quando é rejeitada, Vale dizer: a citação perde seu efeito interruptivo desde que a demanda seja rejeitada (...). Tal conclusão está amparada nos mestres Beudant, Henri de Page, Flaniol-Ripert, Ricard, Cunha Gonçalves, Coelho da Rocha, Lafayette, Lobão, Heinécio, Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda, bastando conferir na obra de Ulderico Pires dos Santos (*O Usucapião - Doutrina, jurisprudência e prática*, 1983, p. 133/138). Aliás, seria até um absurdo de raciocínio imaginar-se que uma demanda judicial ganha pelo possuidor do usucapião viesse a se constituir em obstáculo contra este”.(grifos nossos)¹⁶

De boa lembrança, ainda quanto à pacificidade da posse, a decisão também do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 62.502 - ES: **“A posse ad usucapionem não perde seu caráter de pacífica e inconteste** embora ajuizadas ações possessórias (mesmo com reintegração liminar) por quem se afirma proprietário, **quando tais demandas são, ao final, julgadas improcedentes**”¹⁷.(grifos nossos)

¹⁶ STJ, 3ª. Turma, REsp. 10.385, Rel. Ari Pargendler, j. 11.05.1999.

¹⁷ Rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 03-08-92, p. 11.320.

Igualmente, parece-nos que a **extinção judicial** do processo não deveria acarretar à posse a perda de seu caráter incontestado, mesmo tendo havido citação. Nesse exato sentido, ao tratar das causas interruptivas da prescrição, entende Washington de Barros Monteiro¹⁸:

“Decretada a extinção do processo, prejudicada fica a interrupção da prescrição. Realmente, se aquela torna nenhum o processo, que só reabre com citação nova, não pode interromper prescrição ato citatório ali realizado”

Portanto, utilizando-se da analogia, relativamente à *concessão de uso especial* e baseada na jurisprudência e doutrina citadas, concluímos que a **citação** em sede de ação judicial que conteste a posse do ocupante somente terá o condão de **interromper o prazo aquisitivo** se for julgada ao final **procedente**. Da mesma forma, caso **extinto o processo**, tal evento não deverá atingir o prazo aquisitivo previsto na MP nº 2.220, exceto se houver a extinção com julgamento do mérito pela procedência da ação.

Esta questão elucidada como o Município de São Paulo deve proceder nos casos de reintegrações de posse promovidas pela Procuradoria Geral do Município através do Departamento Patrimonial referente a posse de áreas públicas que estejam ocupadas por favelas ou habitações multifamiliares.

Através da Portaria PGM 7.01 de 8 de março de 2001 foi determinado que o Departamento Patrimonial requeira a suspensão provisória da execução de medidas liminares e de sentença de imissão ou reintegração da Municipalidade de São Paulo na posse de áreas públicas que esteja ocupadas por favelas ou habitações multifamiliares

Consubstanciada na análise jurídica acima exposta, no caso de **desistência das ações judiciais impetradas**, respeitadas as posições divergentes, parece-nos que a mesma terá o condão de **descaracterizar a oposição**.

Ora, se a Jurisprudência citada entende que a citação em sede de ação judicial somente interromperá a prescrição (prazo aquisitivo) na hipótese de ser julgada procedente, ou seja, a improcedência de ações possessórias “não afetam o caráter pacífico e incontestado da posse *ad usucapionem*”, no caso do Poder Público interessado na regularização fundiária a **desistência destas ações** deve merecer o mesmo entendimento, por duas razões:

¹⁸ cf in *Curso de Direito Civil*, 1988, Vol. I, p. 300.

A **consequência jurídica será equivalente**: na **sentença de improcedência** reconhece-se a existência da posse mansa e pacífica, e na **desistência da ação pelo autor** resta evidenciada a inexistência de efetiva resistência ao aparente esbulho.

Outra razão repousa na **natureza jurídica da concessão de uso especial**, uma vez que este instituto jurídico foi introduzido pela Constituição Federal de 1988 para dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade, estando previsto no Estatuto da Cidade como instrumento de política urbana que garantirá à população carente o direito subjetivo à legitimação da posse de áreas urbanas de propriedade pública.

Desta maneira, se Poder Público proprietário **desiste** da ação que contesta a posse, deve-se **priorizar** o *direito subjetivo à concessão de uso especial*, enquanto consequência da aplicação do **princípio constitucional da função social da propriedade e do direito constitucional à moradia digna**.

Se é dever do proprietário urbano dar à sua propriedade uma função social, constituindo-se este um direito da sociedade que assim pode exigir do proprietário, não se pode considerar inócua a situação jurídica de uma propriedade que informalmente já cumpre a função social posto que ocupada pela população de baixa renda. Logo, se a intenção é **regularizar e legitimar** a posse nestas circunstâncias, a questão da **oposição** deve ser enfrentada em consonância com os princípios constitucionais acima elencados.

No sentido do dever do intérprete privilegiar os princípios constitucionais, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁹

“Qualquer disposição, qualquer regra jurídica (...) para ser constitucional necessita estar afinada com o princípio (...) realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma Lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque

¹⁹

In RDP 15/283.

representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Notificação administrativa:

No caso da expedição da notificação administrativa anterior à propositura da ação judicial **entendemos restar descaracterizada a oposição.**

Nesse exato sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁰, citando o decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul²¹, decidiu que mesmo que a prescrição aquisitiva não se consume no caso do usucapião especial urbano, “**a notificação não pode ser considerada empecilho para a caracterização da posse ininterrupta e sem oposição**”(grifo nosso).

O Tribunal de Alçada Cível de São Paulo caracterizou a notificação como oposição unicamente em situações nas quais ela represente “ameaça à posse” e evidencie “*justo receio - iminência de violência ou de exercício de justiça pelas próprias mãos*”²², **não considerando-a, em regra, “ato de turbacão da posse”**. Relevante mencionar o voto do ilustre Juiz Relator Artur Marques:

“A notificação é mero ato de comunicação, desprovido de potencialidade suficiente para molestar a posse. Mesmo a notificação que acena com a tomada de medidas judiciais não tem essa carga ofensiva capaz de trazer inquietação ao possuidor”.

Logo, no caso da PMSP e face à intenção ora analisada de regularização fundiária, não há que se considerar as notificações expedidas como “justo receio e clara intenção de prática de violência”, **não devendo as mesmas , portanto, caracterizar a oposição que impeça o prazo aquisitivo na concessão de uso especial.**

No mais, citamos o entendimento no sentido de que somente **a medida judicial** teria o condão de caracterizar a **oposição**, expressado pelo Acórdão exarado pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²³:

²⁰ Apel. Cível nº 70003762630, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 25/06/02.

²¹ “*Usucapião. Posse pacífica. Mera notificação não retira da posse o seu caráter de habilitação a usucapião. Apelação Improvida*”. Apel. Cível nº 196264774, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Roque Miguel Fank, j. 19/06/97.

²² 2º TACivSP, Apel Cível nº 429780-00/0, 11ª Câmara, Rel. Des. Artur Marques, j. 19/06/95.

²³ Apel. Cível nº 2001.001.26890, Rel. Desem. Bernardo Moreira Garcez Neto.

“A oposição mencionada no artigo 550 do Código Civil, se manifesta quando o proprietário **através de medidas judiciais** anteriores àquela na qual a ‘exceptio usucapiones’ foi arguida como defesa, demonstrou seu ânimo de interferir na mansidão e pacifidade da posse do esbulhador”.(grifo nosso).

Por fim, lembramos que as notificações administrativas expedidas pela PMSP devem ser **revogadas** a fim de manter-se a regularidade do procedimento. Tais decisões devem fundamentar-se na oportunidade e conveniência advinda da viabilidade da regularização fundiária da ocupação irregular por meio da outorga do direito subjetivo à *concessão de uso especial*.

c) Conclusões:

Caracteriza a **oposição**:

- a existência de **citação** em sede de ação judicial. Caso haja ações em andamento, **a citação terá o efeito de interromper o prazo aquisitivo somente se julgada procedente ao final.**

Não caracteriza a **oposição**:

- A **desistência da ação judicial** proposta pela PMSP acarretaria a descaracterização da **oposição** se consubstanciada na outorga do direito subjetivo à *concessão de uso especial*;
- A mera **notificação** expedida pelo PMSP **não caracteriza a oposição.**

A Municipalidade deve determinar através da Procuradoria Geral do Município a desistência das ações de reintegração de posse das áreas públicas ocupadas por população de baixa renda que serão objeto de urbanização e regularização fundiária nos termos do plano diretor. Esta desistência deve abranger as ações de reintegração de posse de áreas públicas delimitadas como ZEIS 1 no plano diretor e leis municipais específicas, e das áreas públicas da classe dos

bens de uso comum do povo que forão objeto de desafetação para fins de regularização fundiária através de lei municipal.

Um vez descaracterizada a oposição com a desistências destas ações judiciais o Executivo municipal poderá promover a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia para os ocupantes de áreas pública municipais que serão objeto de urbanização e regularização fundiária.

5 . Aplicabilidade da Concessão de Uso Especial

5.1 Aplicabilidade para bens de uso comum do povo e uso especial

Os *bens de uso comum do povo* estão definidos no art. 66 do Código Civil, e são as coisas móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público (União, Estado-Membro, Município e Distrito Federal), usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo.²⁴

Os *bens de uso especial* são as coisas móveis e imóveis utilizáveis na prestação dos serviços públicos, ou seja, são os bens destinados à execução dos serviços públicos e usáveis somente pelo Poder Público, seu proprietário.²⁵

Em ambos os casos, enquanto guardarem a destinação de *uso comum* ou de *uso especial* serão, em princípio, inalienáveis. Perdida a qualquer título (ato ou fato), essa consagração, podem ser alienados ou ter seu uso transferido à outrem.

Com efeito, os bens são *afetados* a receberem uma consagração ou destinação, por ato administrativo ou em virtude de Lei. Por conseguinte, *afetar* é atribuir ao bem uma destinação, consagrando-o ao *uso comum* ou ao *uso especial*. Neste particular, a *desafetação*, ocorrida por *fato jurídico, ato administrativo ou lei*, consiste na retirada do bem da destinação que se lhe atribuíra.²⁶

Logo, a alienação, entendida como qualquer forma de trespasse de uso ou da propriedade, dos bens de uso comum e de uso especial exige prévia **desafetação**.

²⁴ Cf Diogenes Gasparini in *Direito Administrativo*, p. 649, 2.000

²⁵ Idem. p. 650.

²⁶ Idem. p. 652

Delimitada a questão atinente à desafetação conforme exposto no item, resta evidenciada a possibilidade das áreas de uso comum e uso especial ocupadas pela população carente ser objeto da concessão de uso especial independentemente de edição de Lei.

5.1.1 A auto aplicação da concessão especial em áreas de bem de uso comum do povo: inexistência de desafetação.

Como já analisado, a concessão de uso especial para fins de moradia deixa de ser uma faculdade do Poder Público para efeito de promover a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda. Essa norma constitucional, de forma idêntica ao usucapião urbano, caracteriza a concessão de uso como direito subjetivo, que deve ser declarado por via administrativa ou pela via judicial mediante provocação dos interessados nos termos do art. 6º da MP 2220/2001. De acordo com este artigo, 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.

Uma característica específica da concessão de uso especial, que a diferencia das demais modalidades de concessão de uso, principalmente da concessão de direito real de uso, é a justiciabilidade do direito à moradia como componente deste instituto constitucional. Isto é, a pessoa que atender os requisitos constitucionais estabelecidos na MP, tem direito de ter o seu direito à moradia reconhecido mediante uma decisão do Judiciário, onde o juiz declarará mediante sentença o direito a concessão especial de uso para fins de moradia, que poderá ser registrada como título no cartório de registro de imóveis nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 6º.

Esta previsão demonstra claramente que existe um tratamento especial conferido pela Constituição para o uso dos bens públicos ocupados por populações de baixa renda até a data de 30 de junho de 2001, que atendam os requisitos do artigo 183 da Constituição Federal, regulamentados no artigo 1º da MP. Na aplicação das demais modalidades de concessão de uso para fins de moradia em especial, como na concessão de direito real de uso, não é admissível que a outorga do título possa ser exigida por via administrativa ou via judicial como um direito subjetivo.

A aplicação da concessão de direito real de uso para fins de moradia deve atender as exigências previstas no regime jurídico dos bens públicos. Para a outorga da concessão de direito real de uso continua sendo necessária autorização legislativa. Tratando-se de outorga da

concessão para pessoas que estejam morando em áreas consideradas como bem de uso comum do povo, continua sendo necessária a desafetação da área mediante lei.

No caso da concessão especial de uso para fins de moradia, por se tratar de um regime especial constitucional para o uso dos bens públicos, as regras do código civil e da lei de licitações sobre o regime dos bens públicos não são aplicáveis.

Os requisitos necessários para a Administração Pública conferir o título de concessão de uso especial para fins de moradia às pessoas que estão na posse de imóveis públicos situados em áreas urbanas são os estabelecidos no artigo 183 da Constituição Federal, devidamente regulamentados na MP.

A Administração Pública deve conferir o título da concessão a pessoa que atender as exigências constitucionais de possuir como sua ininterruptamente e sem oposição pelo período de cinco anos área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, utilizando-a para sua moradia ou de sua família.

Por se tratar de um direito e não uma pretensão, a Administração Pública deve conferir o título real via administrativa, o que significa que a Constituição conferiu esta prerrogativa, autorizando para esta situação específica, um regime especial de outorga do título da concessão de uso sem a necessidade de atender as exigências para outorga da concessão de direito real de uso como a da desafetação por lei das áreas públicas da categoria dos bens de uso comum do povo, bem como os de uso especial.

Para esta situação específica existem normas específicas baseadas na Constituição que prevalecem sobre as normas gerais do regime dos bens públicos. Por exemplo, no caso de São Paulo existem diversas áreas públicas municipais da categoria dos bens de uso comum do povo, bem como da categoria de uso especial, que estão sendo utilizadas há mais de vinte anos para fins de moradia por populações de baixa renda, que, devido ao processo de urbanização, transformaram estas áreas em vilas, bairros e assentamentos consolidados. Esta população, por atender as exigências constitucionais do artigo 183 da Constituição Federal, tem o direito subjetivo à concessão especial para fins de moradia.

Para estas situações, a Administração Municipal não precisa ter autorização legal, seja para outorgar a concessão especial de uso para fins de moradia , seja para desafetar a área pública, por se tratar de uma situação excepcional respaldada pela Constituição. A Administração pode conferir nestes casos por via administrativa a concessão especial, sem

necessidade de uma lei específica, com base nas normas da medida provisória e o artigo 183 da Constituição Federal. Cabe à Administração Municipal estabelecer um procedimento administrativo para analisar os pedidos da concessão de uso especial para fins de moradia, cujo prazo máximo para decisão do pedido estabelecido pelo § 1º do artigo 6º da MP é de doze meses, contados da data de seu protocolo.

5.2 Aplicabilidade para bens dominiais

Os bens dominicais²⁷ são aqueles destituídos de qualquer destinação, razão pela qual estão prontos para ser utilizados, alienados ou ter seu uso trespassado à terceiros.

Neste particular, os bens dominicais já estão aptos a serem objeto da outorga da *concessão de uso especial* e da *concessão de direito real de uso (CDRU)*.

- **Com oposição:** Havendo a oposição comprovada, qual seja, aquela que interrompe o prazo aquisitivo e, portanto, impede a outorga da *concessão de uso especial* nos termos da MP nº 2.220, **poderá a PMSP celebrar a *concessão de direito real de uso (CDRU)*.**

- **Sem oposição:** Preenchidos os demais requisitos da MP nº 2.220, **poderá a PMSP outorgar o direito subjetivo à *concessão de uso especial*.**

5.4 Aplicabilidade em outras situações específicas:

O artigo 5º da medida provisória nº 2220/2001 faculta ao Poder Público assegurar o exercício do direito à concessão de uso especial para fins de moradia, individual ou coletivo, em outro local, quando se tratar de ocupação de imóvel público de uso comum do povo: a) destinado a projeto de urbanização; b) de interesse da defesa nacional, da preservação

²⁷ Denominado também “bens disponíveis”, “bens de patrimônio disponível”, “bens patrimoniais disponíveis”, “bens de patrimônio fiscal”, “bens patrimoniais do Estado”, “bens de domínio privado do Estado”. (Cf. José Cretella Jr. In *Dicionário de Direito Administrativo*, 1978, p. 107).

ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; c) reservado à construção de represas e obras congêneres; d) ou situado em via de comunicação.

A MP estabelece um tratamento diferenciado para determinadas situações em que exista a ocupação de áreas públicas para o exercício do direito à moradia. Pelo artigo 4º da MP, se a ocupação for numa área pública considerado como de risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público deve assegurar ao possuído o exercício do direito em outro local. Isto significa que a regra é de não conferir a concessão de uso especial em áreas de risco.

Se forem atendidos pelos ocupantes os requisitos para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Público municipal deverá reconhecer o direito subjetivo à moradia dos ocupantes e oferecer alternativas para reassentá-los dignamente, na hipótese de o local ser totalmente inadequado à moradia ou seja necessário dar-lhe outra destinação por razões urbanísticas.

Nesse sentido, é conferida uma discricionariedade ao Poder Público para reconhecer o direito à moradia das pessoas que atendem as exigências constitucionais nas áreas públicas já consolidadas como assentamentos populares informais.

A finalidade da concessão de uso constitucional é reconhecer o direito à moradia nas áreas ocupadas pela população de baixa renda. Assim, será necessária uma justificativa urbanística ou legal para o direito ser exercido em outro local.

Ainda, é nosso entendimento que, mesmo para as ocupações em áreas públicas contestadas, diante dos princípios que norteiam o Estatuto da Cidade, a desocupação daquelas áreas só é possível quando houver local apropriado para o reassentamento das famílias.

Como a diretriz da política urbana é promover a regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda, esta faculdade do Poder Público de promover a remoção da população e de destinar a moradia em outro local devem ser entendidas como exceções definidas nas leis municipais específicas de regularização fundiária, conforme determina o Plano Diretor. Para evitar lesão ao direito da população que tem o direito à moradia, nos termos da medida provisória, **o Município deve definir, mediante lei, quais são as áreas urbanas nas quais o Poder Público poderá exercer esta faculdade de assegurar a moradia em outro local.**

Esta previsão na lei municipal é necessária tanto para definir os critérios para o atendimento a população que será removida, como o limite territorial para a remoção, de modo a evitar que uma população seja removida para regiões precárias e distantes das áreas urbanas que estejam ocupando, bem como para constituir um plano habitacional que possa ter recursos do orçamento municipal destinado para a implementação do Plano Diretor.

5.4.1 Áreas de risco:

Áreas de risco são regiões onde é recomendada a não construção de casas ou instalações, pois são muito expostas a desastres naturais, como desabamentos e inundações. Essas regiões vêm crescendo constantemente nos últimos 10 anos, principalmente devido às ocupações irregulares.

As principais áreas de risco são aquelas sob encostas de morros inclinados ou à beira de rios, e na prevenção aos desastres naturais, inúmeras medidas podem ser adotadas. Englobam-se em dois grandes grupos: o das *medidas estruturais* e o das *não estruturais*. As de maior eficiência, sem dúvida, estão no primeiro grupo, entretanto, a maioria inviabilizada pelo seu alto custo, já que traduzem-se na execução de obras complexas e que exigem alta tecnologia. A tecnologia está disponível no Estado de São Paulo, existindo porém, a barreira dos recursos financeiros.

Desmatamentos, retirada e uso intensivo de materiais minerais, mudanças de cursos d' água, ocupação de várzeas e encostas, queimadas, produção e deposição inadequada de lixo, poluição atmosférica, etc. estão entre as intervenções humanas que mais agredem e transformam o meio ambiente. No mais, soma-se à ação da natureza as causas artificiais geradas pela ocupação desordenada do solo, pela pobreza social, pela deseducação e pelos muitos efeitos colaterais do chamado progresso.

O grande número de acidentes naturais e os danos por eles provocados forçaram os organismos internacionais a estimularem o estabelecimento de medidas com o objetivo de minimizar as conseqüências sociais e econômicas causadas pelos aludidos eventos.

Assim, a ONU (Organização das Nações Unidas), em Assembléia Geral realizada em 22 de dezembro de 1989, aprovou a Resolução 44/236, que considerou 1990 como início da Década Internacional para Redução dos Desastres Naturais (DIRDN), cuja principal finalidade é a de reduzir perdas de vidas, danos e transtornos sócio-econômicos nos países em desenvolvimento.

Somente nas duas últimas décadas, segundo estimativas da própria ONU, houve três milhões de vítimas e prejuízos econômicos que ultrapassam vinte e três bilhões de dólares. Segundo a mesma fonte, as metas principais da Década Internacional são:

- otimizar as condições que cada País possui para minorar, com rapidez e eficácia, as conseqüências dos eventos danosos, dando ênfase à assistência aos países em desenvolvimento, avaliando eventuais danos no caso da ocorrência de desastres naturais, além de criar sistemas de alerta e desenvolver estruturas resistentes a tais desastres;

- estabelecer diretrizes e estratégias adequadas à aplicação do *corpus* técnico-científico já acumulado sobre o assunto, considerando, no entanto, as características culturais e econômicas de cada nação;

- estimular atividades científicas e técnicas tendentes a suprir lacunas críticas do conhecimento, e evitar ou reduzir o número de perdas de vida humanas e de bens materiais;

- difundir informações técnicas sobre medidas de avaliação, prevenção e diminuição dos efeitos dos desastres naturais existentes, como àquelas que sejam futuramente obtidas;

- tomar medidas de avaliação, prevenção e diminuição dos efeitos dos desastres naturais por meio de programas de assistência técnica e transferência de tecnologia, projetos de demonstração e atividades de educação e formação adaptadas ao tipo de desastre e local de sua ocorrência, ao final buscando aferir o alcance e eficácia de tais iniciativas.

Intervenção

Com base na realidade verificada no Município de São Paulo, é necessária uma atuação preventiva e corretiva, propiciando às famílias que moram em áreas de risco condições de remoção ou "convivência com os riscos, em segurança".

Para tanto, serão essenciais as seguintes providências estruturais por parte da PMSP:

- *Orientação e informação;*

- *mapeamento das áreas de risco e determinação dos “níveis de risco”;*
- *Plano de regularização fundiária, envolvendo:*
 - a) hipóteses de remoção;
 - b) hipóteses de manutenção da ocupação, em segurança

Vejamos cada aspecto separadamente:

Orientação e informação

A população que ocupa área de risco deverá ser devidamente **orientada** a fim de que estejam *conscientes do risco* e saibam *quais providências tomar em caso de ameaça de desastre*.

Assim, por exemplo, nos casos de chuvas e deslizamento de terra, ocorrências que aumentam os riscos de inundação, desabamentos de casas e deslizamentos de terra, existem sinais claros para identificar e evitar as grandes tragédias. Postes, cercas e árvores que começam a inclinar mostram que o terreno está se movendo. Trincas nas paredes ou no chão e degraus, junto aos barrancos, são outro sinal de alerta.

Logo, a população deve ser orientada, por exemplo, no sentido de prevenir-se das chuvas nas áreas de risco, adotando dentre outras, as seguintes providências:

- Evitar os cortes verticais do talude (terra);
- Evitar a plantação de bananeiras, que é uma planta pesada e de raiz superficial nas encostas, dando preferência às plantas mais leves e de raízes profundas, como o bambu;
- Não jogar lixo nas encostas, córregos e bocas-de-lobo;
- Construir calhas nos telhados, conservando-os limpos;
- Construir canaletas no chão para direcionar a água;
- Manter limpos os ralos, esgotos, galerias, valas, etc.;

- Aterrar buracos que acumulam água;
- Reforçar muros e paredes poucos confiáveis;
- Providenciar a poda ou corte de árvores com risco de queda;
- Incentivar a criação de grupos de cooperação entre os moradores em locais de risco;
- Não construir moradias às margens de cursos d'água, sobre aterros ou próximos de brejos;
- Construir a casa sempre em nível mais elevado que o curso d'água mais próximo;
- Observar se as árvores estão ficando inclinadas, se há trincas novas nas paredes das casas ou no chão e se há movimentação do terreno;
- Observar se a água da chuva está barrenta e contendo plantas e troncos, pois poderá ser um sinal de inundação;
- Acreditar nas ameaças feitas pelas chuvas!

No mais, a população deve saber **quais órgãos públicos que devem ser acionados**, de acordo com cada caso. Por exemplo:

- Corpo de Bombeiros - Tem a função de buscas, salvamento, proteção e resgate de pessoas e objetos em caso de fato consumado ou de consumação eminente.
- Defesa Civil Municipal - Realiza vistorias preventivas, remoção e alojamento de pessoas em risco, distribuição de alimentos, lonas e barracas.
- Defesa Civil Estadual - Cooperação com as comissões municipais de defesa civil.

Mapeamento das áreas de risco e determinação de "nível de risco"

É providência essencial o mapeamento das áreas de risco e a determinação dos níveis de risco elaborados de acordo com cada situação específica.

O conceito básico usado para a definição das situações de risco, fundamenta-se na possibilidade de ocorrência de acidentes que conduzem à perda de vidas humanas e/ou materiais. Alguns critérios são utilizados para classificar os níveis de susceptibilidade de risco¹:

- Nível IV – risco iminente: processo destrutivo em estágio avançado; possibilidade de destruição imediata de moradias.
- Nível III – alto risco: possibilidade de destruição de moradias em curto espaço de tempo; é possível o acompanhamento evolutivo do processo destrutivo da área, podendo ocorrer evolução rápida com chuva mais intensa e/ou de longa duração.
- Nível II – médio risco: os processos destrutivos encontram condições potenciais de desenvolvimento, constatando-se condicionantes físicas predispostas ao risco e/ou indícios iniciais do desenvolvimento do processo.
- Nível I – baixo risco: não se detecta indícios de instabilização aparente, sendo consideradas áreas estáveis no momento da análise.

A partir desta análise e definição de níveis, deverá a PMSP implementar um "Plano de Regularização Fundiária", no qual os aspectos estruturais e não estruturais devem ser considerados.

Plano de Regularização Fundiária

Considerando-se a existência de Lei específica instituindo as ZEIS e a utilização do instituto da concessão de uso especial nos casos de regularização fundiária implementada pela PMSP, lembramos que o art. 4º da MP nº 2.220/2001 determina que:

"Art. 4º - No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local".

Logo, se a prefeitura verificar, mediante laudo técnico circunstanciado, que o nível do risco determinado para a área "acarreta risco de vida ou à saúde", deverá tomar as seguintes providências:

- a) Remoção das famílias;

¹ Estes critérios são atualmente utilizados pela prefeitura municipal de Belo Horizonte

Se o laudo técnico atestar a impossibilidade de manter-se a ocupação, deve-se providenciar a **remoção** para áreas adequadas.

Observe-se que a citada MP nº 2.220 não refere-se à faculdade do Poder Público, sendo portanto a remoção, em caso de impossibilidade de manutenção, um procedimento público **obrigatório**.

b) Manutenção das famílias, com segurança

No caso do laudo técnico concluir pela *possibilidade* de manter-se as famílias no local com segurança, deve-se providenciar a implementação de medidas nas quais coexistam um plano de obras e uma metodologia de ocupação segura.

O plano de obras define e prioriza as obras de estabilização geotécnica para eliminar e/ou amenizar a situação de risco, possibilitando a "manutenção das famílias, com segurança". As obras comumente realizadas seriam:

5.2.2 Aplicabilidade da concessão de uso especial nas áreas de manancial

A abordagem de regularização fundiária em área de manancial não poderá escapar da análise das Áreas de Proteção Ambiental (APA), previstas inicialmente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6902/81. Conforme dispõe seu art. 8º, a criação de uma área de proteção ambiental deve ter o fim de assegurar o bem estar das populações humanas e conservar as melhores condições ecológicas locais².

Com efeito, a possibilidade, ou não, de se regularizar áreas públicas e loteamentos residenciais já consolidados e situados em área de proteção ambiental deve considerar os objetivos da criação da APA, e os objetivos da regularização. Ou seja, se há compatibilidade entre a criação da APA e a regularização pretendida.

A regularização das ocupações vai de pleno encontro com os objetivos da criação das áreas de proteção ambiental, já que pretende reverter uma situação de ilegalidade e abandono que significa a piora das qualidades ecológicas locais para uma melhora nessas condições.

O serviço público de coleta de lixo também deve ser levado em conta quando se trata da regularização de loteamento em área de proteção ambiental.

² Da mesma forma entende o ilustre Paulo Afonso Machado, que dispôs que "para a criação de uma área de proteção ambiental não se exige a excepcionalidade dos valores a proteger, mas sua consecução do bem-estar das populações humanas e a conservação ou melhoria das condições ecológicas locais" (art. 8º da Lei 6902). Machado, Paulo Afonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 10ª edição, revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, Brasil, 2002, página 885.

É o serviço público de coleta de lixo que será implantado através do programa de regularização do loteamento que irá permitir que o lixo doméstico produzido não seja despejado em local não apropriado.

A infra-estrutura urbana e a segurança da posse por parte dos adquirentes que será obtida através da concessão de uso especial ou da CDRU quando realizado o programa de regularização fundiária serão importantes para alcançar os objetivos da criação da APA tendo em vista que contém a expansão urbana, evitando que mais pessoas passem a morar de forma precária na área de proteção ambiental.

A regularização das ocupações visa entre outras coisas a adequação do espaço ocupado aos padrões de desenvolvimento urbano estabelecidos pelo município, conforme dispõe o art. 40, caput da Lei 6766/79. É possível notar que os objetivos da regularização estão perfeitamente alinhados com os objetivos de criação de uma área de proteção ambiental.

Não há uma congruência entre os objetivos como de fato a regularização trará benefícios à área de proteção ambiental no sentido de conservação e melhoria de suas condições ecológicas.

Para a garantia de habitação adequada, é necessário através da regularização fundiária garantir aos concessionários de lotes o abastecimento de água, tratamento de esgotos, iluminação, garantia de posse, entre outros serviços previstos no parágrafo 60 da Agenda Habitat.

Conforme visto anteriormente, a instalação de equipamentos urbanos tais como de abastecimento de água, saneamento ambiental para tratamento de esgoto, além do serviço de coleta de lixo irão contribuir para com a melhoria das condições ecológicas da área de proteção ambiental em que estiver situada.

Áreas de Proteção aos mananciais da região metropolitana de São Paulo

O Estado de São Paulo iniciou a legislação para a proteção aos mananciais da sua região metropolitana em meados da década de 70 com a edição da Lei nº 898 de 01 de novembro de 1975. No ano seguinte foi editada sua regulamentação, a Lei nº 1.172, de 1976, que definiu os padrões urbanísticos exigidos na área de proteção aos mananciais.

Ocorre que a Lei 1.172/76 não conseguiu conter a expansão urbana nas áreas de proteção aos mananciais tendo em vista a ilegalidade das ocupações e falta de fiscalização. Isso possibilitou a ocupação de grande parte das áreas de mananciais que hoje conta com ocupações já consolidadas e irreversíveis do ponto de vista socioambiental.

As ocupações irregulares, pela falta de infra-estrutura urbana, coleta de lixo, saneamento ambiental, tornaram-se grandes fatores de degradação da área. Ocorre que, por se tratarem de ocupações irregulares, o Poder Público Municipal não obtinha licença por parte dos órgãos estaduais competentes para a realização dessas obras de infra-estrutura que pretendiam conter a degradação da área de proteção aos mananciais previstos pela Lei nº 1.172/76.

A Lei nº 1.172/76 foi considerada ultrapassada tendo em vista a realidade das áreas de mananciais, compostas em grande parte por ocupações irreversíveis, fatores de degradação do ambiente, uma vez que não dispunham de infra-estrutura capaz de conter a degradação.

Apenas mais de duas décadas após a edição da Lei 1.172/76 foi promulgada a Lei 9.866/97, que significa uma nova perspectiva no que diz respeito à proteção e recuperação das áreas de mananciais. Entre outras novidades a nova lei prevê a realização de um Plano Emergencial de obras, uma vez que a ausência de infra-estrutura urbana é o maior dano ambiental causado às áreas de proteção aos mananciais. O Plano Emergencial foi promulgado em 1998, através do Decreto Estadual nº 43.022, de 07 de abril de 1998.

Os requisitos da Lei Estadual nº 1.172/76 e sua aplicação no tempo

O processo de regularização fundiária de ocupações e loteamentos situados em área de proteção aos mananciais da região metropolitana de São Paulo deve observar além das etapas previstas para loteamento situado em área urbana outras específicas para loteamentos situados em área de proteção aos mananciais previstas na legislação estadual.

A dificuldade de proceder à regularização é visível tendo em vista que os loteamentos já consolidados que devem ser regularizados foram implantados sem a observância dos padrões de desenvolvimento urbano previstos pelo município, dessa forma contrariando a legislação estadual referente ao uso e ocupação do solo nas áreas de proteção aos mananciais. Sua regularização tem caráter corretivo de difícil realização tendo em vista a distância entre os loteamentos implantados e os padrões exigidos pela legislação estadual.

Primeiramente é preciso se fazer uma análise da possibilidade de regularizar loteamentos situados em áreas de proteção aos mananciais de acordo com o disposto na Lei nº 1.172/76, vigente até que sejam promulgadas as leis específicas para cada Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais. Ou seja, quais as exigências desta lei para que os loteamentos possam ser considerados regularizados.

A Lei nº 1.172/76 dividiu a área de proteção aos mananciais em duas categorias principais: a primeira e a segunda, de acordo com o que dispõem os artigos 2º e 3º. As áreas de primeira categoria são as áreas de maior restrição²⁸ onde só são permitidos os usos e atividades consideradas no artigo 9º a saber: pesca; excursionismo; natação; esportes náuticos e; outros esportes ao ar livre que não importem em instalações permanentes e quaisquer edificações.

Pelo uso definido pelo artigo 9º às áreas de proteção e recuperação aos mananciais consideradas de 1º categoria, não fazendo parte da lista o fim residencial, nota-se a impossibilidade absoluta de se regularizar loteamentos ou parte de loteamentos situados nas áreas definidas pelo artigo 2º da Lei Estadual nº 1.172/76.

As áreas de segunda categoria, por sua vez, foram divididas em três Classes: A, B e C. Sendo a Classe A a área menos restritiva e a Classe C a mais restritiva dentre as áreas compreendidas entre as de segunda categoria.

Os usos permitidos para as áreas de segunda categoria foram definidos pelo artigo 13 da Lei nº 1.172/76. Entre os usos descritos está previsto o uso residencial, pelo que há possibilidade de regularização da área em questão²⁹. Dessa forma é possível se regularizar áreas de segunda

²⁸ São consideradas áreas de primeira categoria portanto de maior restrição com base no disposto no artigo 2º:

I. os corpos de água;
II. a faixa de 50 metros de largura, medida em projeção horizontal, a partir da linha de contorno correspondente ao nível de água máximo dos reservatórios públicos, existentes e projetados;
III. a faixa de 20 metros de largura, medida em projeção horizontal, a partir dos limites do álveo, em cada uma das margens dos rios referidos no art. 2º da Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, e das de seus afluentes primários, bem como em cada uma das margens dos afluentes primários dos reservatórios públicos, existentes e projetados;
IV. as faixas definidas no art. 2º e sua Alínea "a" da Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, referentes às margens dos demais cursos de água;
V. as áreas cobertas por mata e todas as formas de vegetação primitiva;
VI. as áreas com quita inferior a 1,50 metros, medida a partir do nível máximo dos
VII. reservatórios públicos existentes e projetados, e situados a uma distância mínima inferior a 100 metros das faixas de que tratam os Incisos II e III deste artigo;
VIII as áreas onde a declividade média for superior a 60% calculada a intervalos de 100 metros a partir do nível de água máximo dos reservatórios públicos existentes e projetados, e dos limites do álveo dos rios, sobre as linhas de maior declive.

²⁹ As áreas de segunda categoria foram definidas pelo artigo 3º da seguinte forma: "Constituem áreas ou faixas de 2ª categoria, ou de menor restrição, aquelas situadas nas áreas de proteção delimitadas no art. 1º e que não se enquadrem nas de 1ª categoria, discriminadas no art. 2º."

categoria, áreas consideradas de proteção e recuperação aos mananciais previstas no artigo 1º³⁰ que não fazem parte das áreas definidas como de primeira categoria pelo artigo 2º.

Assim, conclui-se que não são passíveis de regularização os loteamentos situados nas áreas de primeira categoria, enquanto que os situados nas áreas de segunda categoria, tendo em vista a possibilidade de uso residencial, são passíveis de regularização por parte do poder público que pretende integrá-lo à cidade legal.

No entanto, para que se proceda à regularização de loteamentos situados nas áreas de segunda categoria devem ser observados os requisitos urbanísticos de ocupação das Classes A, B e C previstas na Lei nº 1.172/76.

Para tanto é necessário entendimento de que áreas são de Classe A, B ou C.

As áreas consideradas Classe A são definidas pelo artigo 5º, I e II³¹. As áreas de Classe B foram definidas pelo artigo 6º como “as contíguas às de Classe A, delimitadas mediante a aplicação dos critérios constantes do Quadro I, anexo a esta Lei”³². Já as áreas de Classe C foram determinadas pelo artigo 7º, sendo definida como “as não compreendidas entre as de Classe A e B”.

Para cada Classe constituinte da área de segunda categoria a lei definiu padrões de ocupação no caso de parcelamento do solo. Para que possa regularizar os loteamentos situados nestas áreas é necessário o cumprimento destas exigências.

³⁰ Artigo 1º: Ficam delimitadas, como áreas de proteção, as contidas entre os divisores de água do escoamento superficial contribuinte dos mananciais, cursos e reservatórios de água a que se refere o Art. 2º Lei nº 898, de 18 de Dezembro de 1975, conforme lançamento gráfico constante da coleção de cartas planialtimétricas, em escala 1:10.000, do levantamento aerofotogramétrico do Sistema Cartográfico Metropolitano, efetuado em 1974, registrado no Estado-Maior das Forças Armadas, sob nº 95-74, e cujos originais serão autenticados e depositados na Secretaria dos Negócios Metropolitanos.

³¹ São consideradas áreas de Classe A conforme o artigo 5º da Lei nº 1.172/76:

I. as áreas arruadas e ocupadas com densidade demográfica bruta superior a 30 habitantes por hectare, estabelecidas, com base nas fotos e cartas planialtimétricas do levantamento aerofotogramétrico do Sistema Cartográfico Metropolitano, mencionado no art. 1º;

II. as demais áreas arruadas, constante do levantamento aerofotogramétrico, contíguas às áreas ou faixas definidas no Inciso I.

³² **QUADRO Nº I - ANEXO A LEI Nº 1.172, DE 17 DE NOVEMBRO DE 1976**

CRITÉRIOS PARA DELIMITAÇÃO DAS ÁREAS OU FAIXAS DE CLASSE B

Menor das distâncias (*l*) da área de Classe A à qualquer das faixas de 1ª categoria de que tratam os incisos II e III do artigo 2º, em m
Máxima área da faixa da Classe B em % da área de Classe A
Máxima largura da faixa de Classe B em % da raiz quadrada da área de Classe A
 $50070171.000 \leq l < 50080195.000$
 $1.0009021l > 5.00010023$

Conforme dispõe o artigo 14 os parcelamentos do solo nas áreas de Classe A somente serão admitidos no caso de atendimento das seguintes exigências:

I. quota ideal de terreno por unidade residencial, comercial, industrial, de serviço e institucional de, no mínimo, 500 m²;

II. máxima Densidade Bruta Equivalente (Dbeq) de 50 ocupantes equivalentes por hectare;

III. índices urbanísticos constantes do Quadro II, anexo a esta Lei.

Devendo ainda, conforme estabelece o parágrafo 2º deste mesmo artigo, na ocupação de qualquer lote de terreno permanecer sem pavimentação e impermeabilização uma extensão de terreno não inferior a 20%.

O artigo 16 definiu que serão admitidos parcelamentos do solo nas áreas de Classe B e C no caso de cumprimento das exigências dispostas a seguir:

I. Índices urbanísticos constantes dos Quadros V e VI, anexos;

II. Densidade Bruta Equivalente (Dbeq) constantes do Quadro VII, anexos;

III. Quota Bruta Equivalente (Qbeq) de terreno por unidade de uso residencial, constantes do Quadro VIII, anexo.

No caso das classes B e C as porcentagens dos lotes que devem permanecer sem pavimentação e impermeabilização são respectivamente 30% e 40%.

Há discussão entre os juristas acerca da aplicação da Lei ° 1.172/76 no tempo, tendo em vista a edição da Lei Estadual n° 9866/97 que tratou das diretrizes e normas para proteção e recuperação dos mananciais.

No entanto o artigo 45 da Lei n° 9.866/97 foi expresso ao dispor que “Na Região Metropolitana de São Paulo, até que sejam promulgadas as leis específicas das APRMs, ficam mantidas as disposições das Leis n°s 898, de 18 de dezembro de 1975, e 1172, de 17 de novembro de 1976, com exceção do inciso XIX da Lei n° 898/75, incluída pela Lei n° 7.384, de 24 de junho de 1991, que ficará expressamente revogada à partir da data da publicação desta lei”.

Portanto, os loteamentos implantados a partir de 1976 para serem regularizados, até que sejam promulgadas as leis específicas respectivas de cada sub-bacia, devem obedecer às exigências descritas acima estabelecidas pela Lei Estadual nº 1.172/76, segundo o estabelecido pelo artigo 45 da Lei nº 9.866 de 28 de novembro de 1997.

O quadro atual tendo em vista a Lei Estadual nº 9.866/97

A Lei nº 9.866 de 28 de novembro de 1997, a nova lei dos mananciais, trouxe ao ordenamento jurídico uma nova perspectiva para intervenção nas áreas de proteção aos mananciais. Trata-se de uma lei propositiva que determina ações a serem executadas por parte do Poder Público, da sociedade e da iniciativa privada para proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo.

A Lei nº 9.866/97 em seu parágrafo segundo, que descreve os objetivos da lei, dispõe acerca da possibilidade de se regularizar loteamentos situados nestas áreas quando diz serem objetivos da lei “compatibilizar as ações de preservação dos mananciais de abastecimento e as de proteção ao meio ambiente com o uso e ocupação do solo e o desenvolvimento socioeconômico” e “integrar programas habitacionais à preservação do meio ambiente”.

Esta lei trouxe novidades no que diz respeito às ações destinadas a proteção e recuperação das áreas de mananciais da região metropolitana de São Paulo. Entre as novidades está a divisão das áreas de mananciais em sub-bacias hidrográficas, que por suas peculiaridades devem ser tratadas individualmente. Nesse mesmo sentido descentralizou a gestão das áreas de mananciais facilitando assim, a articulação em torno de sua proteção e recuperação³³.

Cada APRM, conforme dispõe o artigo 6º, terá um órgão colegiado, um órgão técnico e órgãos da administração pública. O artigo 7º, parágrafos 1º e 2º define quem faz parte dos

³³ O artigo 5º da Lei nº 9.866/97 define como será a gestão das Áreas de Proteção e Recuperação aos Mananciais-APRMs considerada cada sub-bacia da seguinte forma: “A gestão das APRMs ficará vinculada ao Sistema integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SIGRH – garantida a articulação com os Sistemas de Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional”.

órgãos colegiados das APRMs³⁴. O colegiado será composto paritariamente entre Estado, Município e sociedade civil.

O órgão técnico segundo determina o artigo 8º “será a Agência de Bacia, prevista no art. 29 da Lei nº 7663, de 30 de dezembro de 1991 ou, na sua inexistência, o organismo indicado pelo CBH”.

Os instrumentos de Planejamento e Gestão foram uma novidade trazida pela nova lei de mananciais, que os definiu em seu artigo 11³⁵. Entre eles para consecução dos fins de regularização de loteamentos situados em área de proteção aos mananciais se destacam as *áreas de intervenção e respectivas diretrizes e normas ambientais urbanísticas de interesse regional* e o *Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA*.

Veremos a seguir a importância desses dois instrumentos no que se refere à regularização de loteamentos.

As ocupações consolidadas em áreas públicas e os loteamentos ilegais que se pretendem regularizar, devem ser considerados para os fins legais *área de ocupação dirigida*, prevista no artigo 12 e definida no artigo 14 como “aquelas de interesse para a consolidação ou implantação de usos rurais e urbanos, desde que atendidos os requisitos que garantam a manutenção das condições ambientais necessárias à produção de água em quantidade e qualidade para o abastecimento das populações atuais”.

A partir do momento que a Lei 9.866/97 inovou ao considerar a realidade das áreas de proteção aos mananciais entendeu a necessidade de se considerar certas áreas já ocupadas e

³⁴ Artigo 7º - O Órgão Colegiado, de caráter consultivo e deliberativo, será o CBH correspondente à UGRHI na qual se insere a APRM, ou o Sub Comitê a ele vinculado e que dele receba expressa delegação de competência nos assuntos de peculiar interesse da APRM. § 1º - A composição do órgão colegiado da APRM atenderá ao princípio da participação paritária do Estado, dos Municípios e da sociedade civil, todos com direito a voz e voto. § 2º - As entidades da sociedade civil, sediadas necessariamente nos Municípios contidos total ou parcialmente nas respectivas APRMs, respeitado o limite máximo de um terço do número total de votos, serão representadas por: 1. entidades de classe de profissionais especializadas em saneamento básico, recursos hídricos e planejamento físico e territorial; 2. entidades de classe patronais e empresariais; 3. organizações não governamentais defensoras do meio ambiente e associações não governamentais; 4. associações comunitárias e associações de moradores; e 5. universidades, institutos de ensino superior e entidades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

³⁵ Artigo 11º: - São instrumentos de planejamento e gestão: I - áreas de intervenção e respectivas diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional; II - normas para implantação de infra-estrutura sanitária; III - mecanismos de compensação financeira aos Municípios; IV - Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental - PDPA; V - controle das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, capazes de afetar os mananciais; VI - Sistema Gerencial de Informações; e VII - imposição de penalidades por infrações as disposições desta Lei e das leis específicas de cada APRM.

consolidadas como passíveis de regularização para adequar seu real uso e assim garantir a manutenção das condições ambientais desejadas. A importância da previsão da área de intervenção de ocupação dirigida é que apenas a partir dela é possível delimitar áreas que a regularização não só é permitida como é desejada. Isso porque a regularização técnica de determinado loteamento que irá permitir o alcance dos objetivos finais dessa lei que é a efetiva proteção e recuperação das áreas de mananciais.

O artigo 18 determina que tanto as APRMs, como suas áreas de intervenção e respectivas diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional serão criadas através de Lei Estadual.

A partir da determinação das áreas de intervenção, para cada APRM é possível estabelecer normas ambientais e urbanísticas de interesse regional considerando as diferentes funções ambientais das áreas de intervenção, conforme preceitua ao artigo 16³⁶, o que possibilitará a regularização de loteamentos definidos como área de ocupação dirigida.

Dessa forma deve o Poder Público Municipal agir de forma a garantir que as leis estaduais específicas para cada APRM incluam entre as áreas de ocupação dirigida às ocupações consolidadas em áreas públicas e aos loteamentos ilegais que devem ser regularizados, devendo ainda, prever a possibilidade de regularização fundiária de loteamentos residenciais.

Os Planos de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA, são parte integrante das leis específicas definidas para cada APRM, conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 31³⁷. A regularização apenas será possível se tal política estiver prevista no PDPA da APRM em que está situado. O conteúdo do PDPA foi estabelecido pelo artigo 31 e incisos, entre os quais destacam-se os incisos I e IV no que tange a possibilidade de regularização de loteamentos situados em áreas de proteção aos mananciais.

O artigo 31, I dispõe que os PDPA devem conter “diretrizes para o estabelecimento de políticas setoriais relativas a habitação, transporte, manejo de recursos naturais, saneamento

³⁶ Artigo 16: Para cada APRM serão estabelecidas diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional, respeitadas as competências Municipais e da União, considerando as especificidades e funções ambientais das diferentes Áreas de Intervenção, com o fim de garantir padrões de qualidade e quantidade de água bruta, passível de tratamento convencional para abastecimento público.

³⁷ Artigo 31, parágrafo 2º: - O PDPA, após apreciação pelo CBH e a aprovação pelo CRH, comporá o Plano de Bacia da UGHRI e integrará o Plano Estadual de Recursos Hídricos, para aprovação pelo Governador do Estado na forma do artigo 47, inciso III, da Constituição do Estado, de 5 de outubro de 1989.

ambiental e infra-estrutura que interfiram na qualidade dos mananciais”. A regularização de loteamentos residenciais, como parte integrante das políticas habitacionais, deve também estar prevista nos Planos de Desenvolvimento e Proteção Ambiental de cada APRM.

Como já colocado anteriormente há uma enorme dificuldade em se regularizar loteamentos tendo em vista os padrões exigidos pela Lei nº 1.172/76, ainda em vigor. Entre as novidades trazidas pela Lei nº 9.866/97 está a possibilidade de modificação das diretrizes e normas ambientais, considerando a realidade atual das áreas de mananciais, para que se possibilite entre outras coisas a regularização de áreas privadas ocupadas por população de baixa renda, o que permite a recuperação ambiental dessas áreas, objetivo final desta lei.

O artigo 31, IV firma como parte do conteúdo dos PDPA's a “proposta de atualização das diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional”. Portanto o meio adequado para se propor a atualização de diretrizes e normas a fim de possibilitar a regularização de loteamentos situados em área de proteção aos mananciais é o Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental previsto para cada APRM.

Perspectivas diante do Plano Emergencial, Decreto Estadual nº 43.022/98

O artigo 47 da Lei nº 9.866/97 previu a realização do Plano Emergencial para realização de obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento.

A regulamentação do Plano Emergencial foi estabelecida através do Decreto Estadual nº 43.022/98 que entre suas considerações explicitou a realidade das áreas de mananciais ao colocar que “em determinadas áreas abrangidas pelas Leis nº 898, de 18 de dezembro de 1975, e nº 1.172, de 17 de novembro de 1976, a ocupação urbana expandiu-se de forma descontrolada e que a ausência de infra-estrutura urbana é hoje o maior dano ambiental”.

A previsão do Plano Emergencial surgiu ante a urgência da realização de intervenções de caráter corretivo nas áreas de proteção aos mananciais. Aguardar a promulgação das leis específicas de cada APRM poderia trazer danos irreparáveis, tendo em vista o processo avançado de ocupação da área.

O decreto que regulamentou o Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, ao permitir a realização de obras nessas áreas possibilitou a regularização de loteamentos situados em área de proteção aos mananciais.

Apesar do artigo 2º, parágrafo 2º do Decreto Estadual nº43.022/98 ser expresso quanto à execução de obras não implicar na regularização das ocupações existentes, o fato do Estado ter permitido a realização de obras nessas áreas significa um grande avanço no caminho que se deve percorrer para a regularização jurídica dos loteamentos situados em áreas de proteção aos mananciais.

Para se entender o significado da permissão da realização de obras por parte do Estado nas áreas de proteção aos mananciais e sua relação com a regularização de loteamentos situados nessas áreas é necessário rever o motivo que levou o Estado a permitir a realização dessas obras e o que é exatamente um parcelamento do solo regularizado.

As principais razões pelas quais o Estado permitiu a realização de obras nas áreas de proteção aos mananciais são o fato das ocupações estarem consolidadas e serem irreversíveis e o fato da falta de infra-estrutura ser a maior causa de dano ambiental.

A realização das obras permitidas pelo governo Estadual nas áreas de proteção aos mananciais nada mais é do que a regularização fundiária do ponto de vista urbanístico dos loteamentos implantados à margem da legislação estadual e municipal, no que se refere ao parcelamento do solo³⁸.

O significado desta permissão ganha força no sentido que com ela o Estado admitiu a irreversibilidade das ocupações já consolidadas. No momento em que admite a irreversibilidade dessas ocupações, admite-se também que políticas públicas façam dessas ocupações áreas habitáveis de acordo com os padrões urbanísticos estabelecidos pelo Município com a finalidade de se garantir moradia digna àqueles que habitam nessas áreas³⁹.

³⁸ Evangelina Bastos Pinho define de forma clara o programa de urbanização, parte da regularização fundiária: “A regularização fundiária realizada como urbanização específica de interesse social deverá, pois, comportar, além da regularização do domínio sobre a terra, um programa de urbanização voltado a suprir situações de risco, insalubridade, falta de acessibilidade etc., que por ventura ocorram, bem como a implantação de equipamentos públicos necessários ao bom padrão de habitabilidade da área.” Fernandes, Edésio (organizador), “Direito Urbanístico”, 1º edição, Del Rey editora, Belo Horizonte, 1998, página 78.

³⁹ O Direito à moradia está previsto como direito social no artigo 6º da Constituição Federal. Para saber quanto à responsabilidade do Estado Brasileiro em promover o direito à moradia ver: Saule Júnior, Nelson (coordenador), “O direito à moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro”, em “Direito à Cidade – Trilhas legais para o Direito às Cidades Sustentáveis”, 1º edição, Editora Max Limonad, 1999, páginas 63 à 126.

A Regularização Fundiária

No caso de ocupações consolidadas, implantadas em desacordo com os padrões urbanísticos, a política para adequação destas ocupações é a regularização fundiária⁴⁰. A regularização fundiária é não somente a adequação jurídica acerca do domínio dos lotes, como também a adequação urbanística através de programa de urbanização que deverá estruturar o loteamento para que possa oferecer moradia digna aos ocupantes de lotes de acordo com o estabelecido no Plano Diretor do Município de São Paulo⁴¹.

Assim, sendo a ocupação das áreas de mananciais irreversíveis conforme consideram a Lei Estadual 9.866/97 e o Decreto Estadual que a regulamentou, vez que admitiram a realização de obras de infra-estrutura urbana no local, tendo em vista a responsabilidade do Estado Brasileiro de prover moradia digna à população de baixa-renda, sendo a política adequada para essa promoção a regularização fundiária, há que se considerar de fato a regularização fundiária não apenas como uma política permitida ou possível de ser implementada. A política de regularização fundiária considerando a realidade das áreas de proteção aos mananciais evidenciadas pela nova lei dos mananciais e sua regulamentação é na realidade uma política desejada para consecução dos objetivos de proteção aos mananciais e de promoção do direito à moradia.

Com o objetivo de implementar a regularização fundiária de uma área pública ocupada por população de baixa renda situada em áreas de proteção aos mananciais, o Executivo municipal deve instituir uma lei específica de ZEIS incluindo as categorias de ZEIS 1 e ZEIS 4, contendo as normas especiais de parcelamento, uso e ocupação do solo, e de edificação para fins de regularização e determinar o instrumentos de regularização conforme o caso a concessão de uso especial ou a CDRU.

5.3.3 Áreas Ocupadas com Uso Diverso de Moradia

No caso da existência de usos diversos da moradia tais como igrejas ou equipamento sociais, associações comunitárias existem duas possibilidades para a regularização destas ocupações.

⁴⁰ A regularização fundiária é uma das diretrizes da Política Urbana definida pelo artigo 2º, XIV do Estatuto da Cidade.

⁴¹ O artigo 79, parágrafo único do plano diretor estabelece o que é uma moradia digna: “Entende-se por moradia digna aquela que dispõe de instalações sanitárias adequadas, que garanta as condições de habitabilidade, e que seja atendida por serviços públicos essenciais, entre eles: água, esgoto, energia elétrica, iluminação pública, coleta de lixo, pavimentação e transporte coletivo, com acesso aos equipamentos sociais básicos”.

A primeira no caso da concessão de uso ser outorgada de forma coletiva onde será constituída uma espécie de condomínio aplicando-se por analogia as regras previstas no Estatuto da cidade para o usucapião urbano coletivo .

Adotando-se esta regra os beneficiários da concessão de uso especial poderão convencionar mediante acordo de no mínimo dois terços dos condôminos a concessão de direito real de uso destas áreas para os ocupantes tais como associação dos moradores, instituições religiosas , mediante anuência do Executivo municipal.

A segunda possibilidade é do Executivo Municipal obter uma autorização legislativa para outorgar a concessão de direito real de uso para regularizar as ocupações de uso não residencial mas que atendam uma função social como um centro comunitários ou igrejas.

Com relação ao imóvel público utilizado para fins comerciais numa área ocupada por população de baixa renda, o ocupante que preencha os requisitos para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia , nos termos do artigo 9º da medida provisória nº 2220/2001 poderá obter do Executivo municipal uma autorização de uso para fins comerciais.

CAPÍTULO IV - CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

1. Alternativa à concessão especial prevista no Projeto de Lei

-
O Projeto de Lei (texto em anexo), em seu artigo 1º , estabelece a desafetação das áreas públicas municipais da classe dos bens de uso comum do povo para a classe de bens dominiais, ocupadas por população de baixa renda. A desafetação, como mais adiante será exposto, é a mudança da destinação que era atribuída ao bem.

Isto posto, os bens públicos então relacionados no projeto passarão para categoria de bens dominiais e como tais não terão uma finalidade administrativa específica, pois são bens patrimoniais disponíveis, não são afetados, integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, e, **ficam a mercê da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.**

Por conseguinte, o **Projeto de Lei autoriza a alienação das áreas desafetadas**, que passaram integrar a categoria de bens dominiais, ficarão estas **sujeitas a outorga pelo**

Executivo tanto da concessão de uso especial para fins de moradia, desde que preenchidos os requisitos disciplinados pela Medida Provisória nº 2220 de 04 de setembro de 2001, **bem como, a outorga da concessão de direito real de uso, uma vez que não preenchido os requisitos para a concessão de uso especial para fins de moradia.**

Cabe salientar, que a finalidade a que se dará ao bem será **exclusivamente a moradia**, quer na Concessão de direito real de uso, de acordo com o parágrafo único do art. 3º do Projeto de Lei, que será usada alternativamente nos casos em que não serão possíveis outorgar a concessão de uso especial para fins de moradia; ou quer na Concessão de uso especial para fins de moradia, - por ser a moradia o elemento intrínseco deste instrumento.

2. Natureza jurídica da concessão de direito real de uso

A concessão de direito real de uso, vem definida no artigo 7º do decreto lei federal nº271 de 28 fevereiro de 1967, que dispõe da seguinte maneira:

“É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo e indeterminado, como direito real resolúvel, **para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.**” (grifos nossos)

Na Concessão de **Direito Real de Uso o Poder Público não se transfere a propriedade mas sim o uso de um bem público** para a realização de um determinado fim, estabelecido em contrato.

Percebe-se, portanto que a lei enumera especificamente quatro finalidades para a concessão de direito real de uso, **subordinando-as todas à existência do interesse social.**

Tem-se, entretanto, que a **legislação pátria⁴²define regras gerais de conteúdo sobre a realização de interesse social considerando a função social da propriedade**, de forma que o usos possíveis para a concessão de uso real deverão estar de acordo com essas regras.

E conforme ensina o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, o *“princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio geral e direito inerente a qualquer sociedade. É*

⁴² Função social da propriedade (inciso XXIII do artigo 5º combinado com o artigo 182 da Constituição Federal combinado com o inciso XIV do artigo 2º Lei Federal nº 10.257 de 10 de junho de 2001 – Estatuto da Cidade)

a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo algum da constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele , como exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tanto outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. ” ⁴³

O **objeto** da concessão de direito real de uso sempre **será um bem imóvel**, podendo ser edificado ou cultivado quando compatível com a finalidade da concessão.

Uma vez constituída, transfere o domínio útil, é um direito real, torna o bem que dela foi objeto subordinado ao poder do concessionário, possui características inerentes e imediata adesão a coisa, o chamado **direito de seqüela**, ou seja, direito de perseguir a coisa com quem quer que a detenha e reivindicá-la. O titular, concessionário, poderá servir-se de todos os meios processuais disponíveis para proteger a posse que dela decorre.

É um direito exclusivo e absoluto, pois não incidirá sobre o bem outro direito da mesma espécie.

Por não transferir a propriedade podemos classificar a Concessão de direito real de uso com a natureza jurídica de DIREITO REAL DE FRUIÇÃO SOBRE COISA ALHEIA.

Como os demais direitos reais sobre coisa alheias, é transferível por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, **a título gratuito ou oneroso**, desde que respeitadas às condições originalmente estabelecidas, e aplicando-se as premissas relativas à capacidade presentes nos artigos 2º , 6º e 7º do Código Civil Brasileiro,. A ressalva a ser feita é que o imóvel reverterá para a Administração concedente, caso o concessionário ou seus sucessores não lhe dêem o fim destinado, é o que disciplina o artigo 7º, parágrafo 3º do decreto-lei 271/67.

O **concessionário** de acordo com a própria natureza da concessão será **responsável** pelos: “ **encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas** “ (parágrafo 2º do artigo 7º do Decreto – Lei nº 271 / 67)

Isto posto, uma vez constituída torna o bem que dela foi objeto afeto ao poder do concessionário, produzindo efeitos para a coletividade, que tem o dever de respeitá-la, nasce assim uma das características dos direitos reais: a **oponibilidade “erga omnes”**, pode ser

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 13º ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, pp. 67-68.

oposto contra todos, inclusive contra a própria Administração Pública, que é o poder concedente.

A concessão de direito real de uso **será contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo**, inscrita e cancelada em livro especial, e ainda **poderá ser por tempo certo ou indeterminado, nunca perpétua**, sendo necessária ter a duração mínima para o cumprimento de sua finalidade.

Além disso, a concessão de direito real de uso, **pode ser outorgada mediante escritura pública ou termo administrativo**, cujo instrumento, pelo princípio inerente aos direitos reais, que é o da publicidade, **deverá ser inscrito em livro próprio no Registro Imobiliário competente**.

Cabe ainda destacar, tal qual ocorre na concessão comum, a concessão de direito real de uso, também **depende de autorização legislativa e de concorrência pública**.

Extingui-se a concessão de direito real de uso pelo transcurso do prazo pelo qual foi estipulada, quando tratar-se de concessão por tempo determinado; ou pela ocorrência de condição resolutiva contratualmente prevista; ou pelo descumprimento da finalidade; ou pela morte do concessionário sem herdeiros, ou pelo perecimento do objeto; ou pela consolidação ou confusão entre o concedente e o concessionário.

Assim, após discorrer sobre tais características da concessão de direito real de uso é possível concluir tratar-se de um contrato administrativo⁴⁴ e não é apenas da lei que se extrai esta ilação, visto que: por meio dela a Administração Pública estabelece, cria, constitui, faculta ao concessionário o direito de fruição do bem na troca que nele se realize um determinado fim, cuja destinação poderá ser entre outras a moradia. Portanto, nasce com os requisitos básicos para conformação do contrato: capacidade civil para contratar; objeto lícito de conteúdo patrimonial e a forma prescrita em lei; duas vontades irão criar, modificar e extinguir direitos, produzindo efeitos no mundo jurídico estabelecendo direitos e obrigações tanto para o concessionário como para o concedente.

⁴⁴ O Decreto – Lei nº 271 estabeleceu no artigo 7º parágrafo 1º “ **A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular**, ou por simples termo administrativo, e será escrita e cancelada em livro especial ” _ grifos nossos

Mister far-se-á analisar as normas de direito positivo para compreender a posição da concessão de direito real de uso, além dos princípios constitucionais a legislação que regula a matéria é a Lei Federal nº 8666/93.

A Lei Federal 8666/93 ao tratar das alienações de bens públicos **menciona expressamente no artigo 62, parágrafo 3º:**

“ – Aplica-se o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público sejam locatário, **e aos demais cujo conteúdo seja regido predominantemente , por norma de direito privado;**..... “ (grifos nossos)

Abrangendo, por conseguinte, a concessão de direito real de uso já que seu conteúdo vem a ser definido pelo direito privado. Conclui-se que a concessão de direito real de uso praticada pela Administração Pública atenderá no que couber as especificidades em relação: ao contrato (art. 55); à forma (art. 60 e 61); à aplicação do princípio da obrigatoriedade do acordo pactuado (art. 58 e 59), à constituição (artigo 17) e à tutela.

Aplicando-se como exemplo do artigo 55 as normas dos incisos I, III, V, VII, VIII, IX, XI e XII.

Entre os incisos do artigo 55 , o IX impõe obliquamente “ o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no artigo 77 desta Lei”,

Vale elucidar o artigo 77, por ser um exemplo de **cláusula exorbitante**, estabelecendo a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração:

“(…) inexecução total ou parcial do contrato enseja em sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”.

Já os artigos 78, 79 e 80 complementam a mencionada regra, porém como a lei em seu bojo estabeleceu quais as normas que se aplicam aos contratos de conteúdo privado, estes artigos não serão aplicados, uma vez que a exceção deve ser expressa e não deduzida.

Faz-se necessário, por último salientar que a lei, ao tratar da alienação de bens públicos, considerando a transferência de direitos reais, menciona expressamente a concessão de direito real de uso, **dispensando-a de licitação**, quando os bens que forem seu objeto se destinarem a programas habitacionais de interesse social, ou ainda de ser o bem utilizado por outro órgão ou entidade da Administração (letra “f”, do inciso I e no parágrafo 2º , do artigo 17)

Ressaltamos, por fim, que apesar de ser este tema discorrido no capítulo que trata-se dos bens públicos, adiantando assim que dentre as categorias de bens públicos, **apenas os bens dominicais é que podem ser objeto da concessão de direito real de uso.**

3. Aplicabilidade da concessão de direito real de uso

3.1 Aplicabilidade para bens de uso comum do povo e uso especial

O artigo 65 do Código Civil disciplina o que vem a ser bens públicos: *“São bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa que pertencerem”.*

O Código Civil Brasileiro classifica em três categorias: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e por fim os bens dominiais, distinguindo-os de acordo com o uso a que se destinam.

Isto posto, os bens públicos possuem as seguintes características: de impenhorabilidade, resultante da existência de legislação específica para satisfação de crédito contra a Administração Pública, art. 100 da Constituição Federal, não admitindo que os bens públicos sejam levados a praça para satisfação do crédito e de imprescritibilidade, não são passíveis de usucapião.

Os bens de uso comum do povo estão ao alcance de todos, como os mares, rios, ruas, praças, estradas e etc., já os bens de uso especial caracterizam-se por destinar-se a viabilizar a atividade estatal, para a execução de serviços públicos e atividades administrativas, tais como postos de atendimento ao público, escolas, teatros etc. ⁴⁵

⁴⁵ Art.66 do Código Civil: “I – de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II- os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;”

A classificação dada funda-se na afetação do bens, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “ é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como desafetação é a sua retirada do referido destino ”⁴⁶

Os bens de uso comum do povo e os bens especiais são inalienáveis, enquanto estiverem afetados a tais destinos, não podem ter seu destino restringido ao particular exclusivamente, estão fora do comércio. Poderão no entanto ser alienáveis desde que desafetados, passando a categoria dos bens dominiais. Neste particular, a *desafetação*, dependerá de lei ou de ato do executivo, consiste na retirada do bem da destinação que se lhe atribuíra.

3.2 Aplicabilidade para bens dominiais

No caso das áreas públicas da classe dos bens dominiais ocupadas por população de baixa renda , para o Executivo municipal promover a outorga da concessão de direito real de uso é necessário uma lei municipal autorizando a aplicação deste instrumento de forma onerosa ou gratuita

4. CDRU Onerosa

A posse somente poderá ser concedida a título oneroso nos casos em que não fizerem jus ao direito subjetivo da concessão especial para fins de moradia. Dessa forma, poderá o Poder Publico, mediante autorização legislativa, conceder a concessão de direito real de uso de forma gratuita ou onerosa,

A Concessão de direito real de uso poderá ser onerosa com base no custo da urbanização ou das unidades habitacionais, jamais em contraprestação pela outorga do uso, já que o instituto não se presta a constituição de lucro mas sim ao interesse social, a finalidade social da área, como visto no item 2 do Capítulo II. (artigo 7º do decreto lei federal nº271 de 28 fevereiro de 1967).

A lei que outorgar a concessão de direito real de uso deverá dispor sobres os critérios para o estabelecimento dos valores que deverão ser cobrados da população, como exemplo o valor mensal da concessão real de uso de unidade habitacional.

⁴⁶ “ Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 1999, pg 557

CAPÍTULO V - CESSÃO DE POSSE

1. Cessão de posse: introdução

A cessão de posse deverá ser elaborada com base no artigo 26 da Lei nº 6.7766/79. Deve ser celebrada entre o Município e a população beneficiada através de instrumento particular contendo as obrigações, cláusulas de financiamento e a conversão do instrumento em compromisso de venda e compra. Lembrando que este instrumento particular para todos os fins de direito tem caráter de escritura pública nos termos do § 4º do artigo 26 da Lei nº 6.766/79 inseridos pela Lei nº 9.785/99.

Quando da expedição da sentença definitiva no processo de desapropriação, então as cessões de posse deverão ser registradas com base no título definitivo de propriedade a ser obtido pelo Município, o qual será registrado no Registro de Imóveis.

Caso seja da vontade do Município (e havendo acordo com os cessionários) de converter as *cessões de posse*⁴⁷ em compra e venda, deverá ser observado o disposto nos §§ 5º e 6º do artigo 26 da Lei nº 6.766/79 inseridos pela Lei nº 9.785/99. Havendo ou não obrigações pendentes de parte dos cessionários, as cessões serão convertidas em promessas de compra e venda ou diretamente em propriedade, quando acompanhadas de prova de quitação.

Ressalve-se que, por serem considerados de interesse público os parcelamentos vinculados a planos habitacionais e as ações de regularização fundiária de iniciativa das Prefeituras Municipais, deverá ser exigida a mínima e indispensável documentação necessária ao registro no cartório competente, vedadas as sanções e exigências pertinentes aos particulares, nos termos do artigo 53-A inserido na Lei nº 6.766/79 pela Lei nº 9.785/99.

2. Áreas com imissão na posse

⁴⁷ A concessão especial para fins de moradia não poderia ser convertida para compra e venda porque é modalidade constitucional específica que possui a gratuidade como uma de suas características intrínsecas.

O artigo 2º da Lei nº 9.785/99, que altera o inciso do artigo 167 da lei nº 6.015/73 (lei que dispõe sobre registros públicos) possibilita o registro da imissão provisória na posse de imóveis desapropriados para a execução de parcelamento popular com finalidade urbana da seguinte forma.:

Art 167.....

“36) da imissão provisória na posse e respectiva cessão e promessa de cessão, quando concedido à União, Estados, Distritos Federal , Municípios ou suas entidades delegadas, para a execução de parcelamento popular, com finalidade urbana, destinado às classes de menos renda.

Com base nesta norma o Município pode registrar a imissão provisória na posse no Cartório de Registro de Imóveis. Este deve ser o primeiro passo para a Município de São Paulo ter a posse do imóvel para poder transferir a área para os moradores ocupantes.

De acordo com o artigo 26, § 4º da Lei nº 6.766/79, o parcelamento do solo aprovado deverá ser levado a registro no Cartório de Imóveis acompanhado do título de propriedade, dentre outros documentos, o qual será dispensado quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas autorizadas a implantar projetos de habitação. Já o § 5º do artigo 26 desta mesma lei dispõe da necessidade do pedido de registro da imissão provisória na posse ir acompanhado de exemplar do contrato padrão de promessa de venda, de cessão ou de promessa de cessão.

Analisado em conjunto com o disposto no artigo 26, § 3º da mesma Lei nº 6.766/79 verifica-se que é admitido nos parcelamentos populares a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, por instrumento particular que terá força de escritura pública.

Pode-se aduzir que a Lei nº 9.785/99 equiparou a imissão provisória na posse, quando concedida ao poder público para execução de parcelamento urbano popular, ao título de propriedade, quanto aos efeitos que se produzirão para o titular da posse. Desde a imissão provisória na posse o expropriante auferirá todas as vantagens do bem, cessando para o expropriado a sua fruição e os encargos correspondentes⁴⁸. No caso específico de

⁴⁸ Conforme Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Editora RT, 1988.

desapropriação para fins de implantação de loteamentos populares pelo poder público, o registro da imissão provisória na posse produz efeitos reais ao seu titular que, inclusive, poderá cedê-lo a terceiros (inciso 36 do artigo 167 da Lei nº 6.015/73, introduzido pela Lei nº 9.785/99). Inclusive a cessão de posse constituirá crédito contra o expropriante, desde que o cessionário tenha cumprido todas as obrigações decorrentes do contrato de cessão de posse. O cessionário poderá valer-se da cessão de posse como garantia de contratos de financiamentos habitacionais como, por exemplo, financiamento de materiais de construção para construção ou reforma do imóvel (artigo 26, § 4º da Lei nº 6.766/79 introduzido pela Lei nº 9.785/99). Após o registro da sentença final de desapropriação, a posse do poder público converter-se-á em propriedade e a sua cessão, em compromisso de compra e venda, caso ainda hajam obrigações a serem cumpridas (artigo 26, § 5º da Lei nº 6.766/79 introduzido pela Lei nº 9.785/99). Não havendo mais obrigações a serem cumpridas pelos cessionários, tem-se que as próprias cessões de posse valerão como título hábil para registro da propriedade do apartamento ou lote adquirido, desde que comprovada a quitação (artigo 26, § 6º da Lei nº 6.766/79 introduzido pela Lei nº 9.785/99).

De acordo com o artigo 742 do Código Civil, o usuário de determinado bem fruirá a utilização da coisa dada em uso, quanto o exigem as necessidades pessoais e de sua família. O usuário terá o direito de extrair da coisa tudo quanto possa atender as necessidades próprias e as de sua família e de introduzir obras de melhoria de modo a tornar o uso mais proveitoso. O usuário terá como obrigações a conservação do bem, utilizando-o dentro dos limites de suas necessidades; o pagamento do valor estipulado, se oneroso o contrato; e a devolução do bem na época acertada. A cessão de uso pode ser registrada junto ao Registro de Imóveis. A posse é o exercício de fato de um dos poderes da propriedade (usar, fruir, dispor e reaver o bem de quem o possuir injustamente). Dentre estes poderes, o que é afeto exclusivamente ao proprietário é o poder de dispor do bem, isto é, a faculdade de aliená-lo, onerá-lo, destruí-lo ou modificá-lo.

Sobre as características da posse são precisas as palavras de Moreira Alves⁴⁹:

*"Ademais, havendo adotado o nosso Código Civil - como se vê dos termos do art. 485 - a concepção de que a posse se caracteriza pelo exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes da propriedade, com ela é perfeitamente compatível a explicação de Crome – atacada injustamente por Gondim Neto - de que **tem posse** (como sucede com o possuidor indireto que tem posse própria e que, portanto, possui a coisa como sua) **quem, de fato, exerce os poderes que exerceria se, sendo proprietário, constituísse, com relação à coisa objeto de***

⁴⁹ c José Carlos Moreira Alves, *Posse*, Vol. II, ob. cit., p. 455

seu domínio, direito de usufruto em favor de terceiro. É o poder de fato correspondente ao poder jurídico. Quem se comporta como se tivesse, de direito, algum dos poderes inerentes à propriedade sobre a coisa é possuidor dela, ainda que não a tenha sob sua dominação direta" (Posse, Vol. II, ob. cit., p. 455).

De acordo com Arnaldo Rizzardo⁵⁰, um dos efeitos decorrentes do exercício da posse é a presunção de propriedade. Quem exerce a posse faz presumir que tem o domínio do bem. Esse efeito único assegura até mesmo o direito de defender a posse através dos interditos.

Resta claro, portanto, que havendo o registro da imissão provisória na posse, o Município está autorizado a ceder a posse do imóvel às famílias residentes, para fins de (re) assentamentos ou regularização fundiária, motivos de alteração da Lei nº 6.766/79.

O registro da cessão de posse somente poderá ocorrer no caso da imissão provisória na posse ser previamente registrada. Entretanto, a *cessão da posse* de um bem imóvel pelo poder público pode ocorrer sempre que ele detenha o seu domínio ou a sua posse, desde que cumpridas as exigências legais de autorização legislativa e concorrência, se cabíveis. Isto é um princípio geral de direito.

Logo, o Município de São Paulo, tendo o registro da imissão provisória da posse no Cartório de Registro de Imóveis de área desapropriada por interesse social, pode promover a cessão de posse da área para as famílias residentes, sem a necessidade de der o título de propriedade com base nas normas acima expostas da lei nº 9.785/99 que alterou a Lei nº 6.766/79.

3. Conclusões

- O Município poderá conceder a posse do bem imóvel que objetiva regularizar em benefícios dos moradores, de área desapropriada para fins de interesse social para a execução de projetos de habitação de interesse social, desde que tenha a imissão provisória na posse registrada no Cartório de Registro de Imóveis.
- Tendo a imissão de posse registrada o Município de São Paulo poderá conceder a posse dependendo da situação através dos instrumentos da cessão de posse – venda e compra nos termos da lei nº 6766/79, da concessão de direito real de uso onerosa

⁵⁰ Direito das Coisas, vol. I, Editora Aide, 1991.

nos termos do Estatuto da Cidade. Ou ainda tendo os moradores direito subjetivo à concessão especial por terem completado cinco anos de residência na área no dia 30.06.01, atendidos os demais requisitos legalmente exigidos, deverá o Município firmar contratos de concessão especial de uso para fins de moradia.

- As cessão de posse poderá ser utilizada no existência da pretensão do Município de São Paulo alienar a área para a população beneficiada pelo projeto de habitação de interesse social através do instrumento da venda e compra.
- Uma vez registrada a sentença definitiva de desapropriação, as cessões de posse, convertidas ou não em promessas de compra e venda ou em propriedades definitivas (mediante prova da quitação), serão então registradas com base no registro da propriedade realizada nome do Município.

CAPÍTULO VI - TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE POR MEIO DE TÍTULOS INDIVIDUAIS

1. Aquisição da propriedade imobiliária

A doutrina e a jurisprudência pátria admitem dois modos apartados, quanto à origem, de aquisição da propriedade imobiliária: *originário* e *derivado*. O art. 530 do Código Civil menciona os modos de aquisição da propriedade imobiliária, enfeixando casos de aquisição *inter vivos* e *causa mortis*.

No modo *originário*⁵¹ a aquisição se aperfeiçoa de forma direta, independentemente de interposta pessoa, ou seja, o adquirente torna seu certo e determinado bem sem que alguém lhe transfira a propriedade. Logo, inexistente qualquer ato ou formalidade de transmissão ou transferência da propriedade, e não havendo a figura do transmitente não há que se discutir sobre vícios de vontade ou outro defeito inerente ao ato jurídico.

Quanto ao modo *derivado* na aquisição depende da figura do transmitente e de um ato ou formalidade de transmissão da propriedade, cabendo neste caso a discussão concernente aos vícios de vontade, vício redibitório, evicção, capacidade das partes e outros.

⁵¹ Cujo exemplo é o instituto da usucapião.

Com efeito, a par da legislação específica que a rege, a Administração Pública subsume-se a estes dois modos de aquisição, posto que pode ser enquadrada na qualidade de *adquirente* ou de *transmitente*.

Nesta esteira, ressaltamos que para a aquisição da propriedade imobiliária através do respectivo registro, há de existir um ato translativo da propriedade, ou seja, um título hábil ao registro à margem da matrícula. Este título deve necessariamente ser um **contrato**, pois este é o instrumento hábil para o aperfeiçoamento do ato jurídico, podendo ser consubstanciado, salvo nas hipóteses previstas em Lei, num instrumento público (escritura pública)⁵² ou numa carta de sentença (ex: desapropriação).

Portanto, quaisquer outra forma de alienação (trespasse de uso) que não importe na transferência da propriedade (domínio) por ato formal, **não será considerada aquisição por meio da compra e venda.**

2. A CDRU e a concessão de uso especial face à compra e venda

Em se tratando de contratos de **concessão de uso especial** e de **concessão de direito real de uso** efetivamente celebrados pela PMSP, a população beneficiada adquire, somente, o **direito ao uso** do imóvel trespasado.

Conforme explanado anteriormente, inseridos no Estatuto da Cidade, ambos são instrumentos jurídicos de Direito Urbanístico que outorgam direitos de *uso*. O *uso* é um dos poderes destacáveis e inerentes à propriedade, sendo sempre um *direito real* na forma disposta pelo art. 674, inc. IV do Código Civil, oponível *erga omnes* e passível de transmissão *inter vivos* e *causa mortis*.

Embora sejam diferentes, ou seja, a CDRU é **facultativa** e a *concessão de uso especial* é **obrigatória** na medida em que adquiriu *status* de direito subjetivo conferido pela Carta Magna, ambas são instrumentos de Direito Público utilizáveis para o trespasse do uso privativo de bem imóvel.

De outra parte, mesmo que seja evidente a proximidade da natureza jurídica dos institutos da *usucapião* e da *concessão de uso especial*, a regra constitucional que proíbe a usucapião de

⁵² Art. 134 do Código Civil

bens públicos acalenta um princípio básico: ainda que sejam semelhantes enquanto previsões constitucionais, tais institutos não se confundem na sua essência, qual seja, **a transferência da propriedade**.

Logo, tanto a CDRU quanto a *concessão de uso especial* não tratam da transferência da propriedade, esta sim formalizada por meio institutos de Direito Privado, dentre os quais destacamos a **compra e venda**.

Nos termos do art. 1.122 do Código Civil, a **compra e venda** é *contrato pelo qual uma das partes, chamada vendedor, transfere o domínio de certo imóvel que integra seu patrimônio ao outro contratante, chamado comprador, mediante o recebimento, em dinheiro, de determinado preço*.

Alerte-se que mesmo quando celebrado pelo Poder Público, a **compra e venda** subsume-se ao regime jurídico das Leis Cíveis (Direito Privado), a exceção do disposto na Lei Federal n. 8.666/93 que exige, em regra, autorização legislativa, avaliação prévia e licitação para a celebração deste contrato.

Ensina Diogenes Gasparini⁵³ que o contrato de compra e venda de bem imóvel restará perfeito se atendidos os requisitos civis, que lhe são próprios, e os administrativos, que lhe são incidentes. Entre os primeiros avultam *o bem, o consentimento, e a forma*. Entre os segundos sobressaem *o processo administrativo, a avaliação, a lei autorizadora, o interesse público* e em alguns casos *a licitação*.

Importante frisar, que nas situações em que o Poder Público busca a regularização fundiária de assentamentos informalmente ocupados pela população de baixa renda, a utilização da **compra e venda** merece cautela.

Com efeito, embora a **compra e venda** gere **títulos individuais**, a transferência da propriedade se consuma com o respectivo registro, e após este ato, o Poder Público transmitente não pode interferir na gestão do imóvel trespessado. Equivale dizer, que o proprietário passa a dominar todos os poderes inerentes à propriedade, quais sejam, *uso, gozo e fruição*.

Diferentemente, tanto o contrato de CDRU como de *concessão de uso especial* prevêem direitos e obrigações recíprocas entre o Poder Público concedente e o concessionário (e titular do direito subjetivo), sendo que na hipótese de descumprimento de cláusula contratual poderá

⁵³ cf. In *Direito Administrativo*, 2000, p. 659

haver a **extinção** do ajuste. A diferença será que num e noutro caso será possível conferir-se a concessão **coletivamente**, sendo que no caso da *concessão de uso especial* a outorga coletiva será **obrigatória** nas hipóteses em que “*não seja possível identificar os terrenos ocupados por possuidor*” (art. 2º da MP nº 2.220).

Nesse exato sentido dispõe o Dec-Lei nº 271 e o art. 8º da MP nº 2.220, sendo que este último elenca as causas de **extinção** do direito à concessão de uso especial nos casos de *uso diverso da moradia* ou *aquisição de outro imóvel urbano ou rural*.

Justamente por força desta diferença essencial que muitas legislações⁵⁴ tem prescrito, embora de forma não obrigatória, que em lugar da venda e doação deve o Poder Público valer-se da *concessão de direito real de uso*. Essa cautela, se utilizada, **evitaria a dilapidação do patrimônio público**, caracterizando um instrumento auxiliar muito importante na implantação de programas habitacionais de interesse social.

Por tais razões, parece-nos que a utilização da CDRU e da *concessão de uso especial* caracterizam-se **muito mais vantajosos ao interesse público** que a *compra e venda*, pois permitem: a) o controle do uso pelo Poder Público concedente e responsável pelo programa de regularização fundiária e b) meios de assegurar o cumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade e do direito constitucional à moradia.

3. Conclusão

Tanto a CDRU como a *concessão de direito real de uso* oferecem, de um lado, **segurança jurídica** aos possuidores, posto que seus títulos são registrados em Cartório Imobiliário e caracterizam direito real oponível *erga omnes* assegurado por **instrumento contratual**; e de outro lado, asseguram a **fiscalização** por parte do Poder Público que está autorizado a extinguir o ajuste caso o concessionário altere a destinação de moradia ou adquira outro imóvel urbano ou rural, prestigiando-se o interesse coletivo no cumprimento da função social da propriedade.

Portanto, entendemos que a **utilização destes instrumentos deve ser privilegiada pela PMSP em detrimento da compra e venda**.

⁵⁴ Art. 20, §1º da Lei Estadual de São Paulo nº 6.544/89; art. 16, §3º da Lei Estadual de Minas Gerais nº 9.444/87 e art. 42, § 1º da Lei Orgânica do Município de Goiânia.

CAPÍTULO VII – DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Requerimento e outorga na Concessão de Uso Especial e na Concessão de Direito Real de Uso

1. Aspectos Gerais

Iniciaremos o presente estudo abordando os *aspectos gerais* relacionados ao procedimento administrativo aplicáveis para as duas hipóteses de concessão aqui tratadas, para a seguir, discriminar cada caso e as respectivas etapas.

Os instrumentos jurídicos da *concessão de uso especial* e da *concessão de direito real de uso* serão utilizados para finalidades similares no processo de regularização fundiária, quais sejam, a moradia e a respectiva legitimação do direito de uso.

Em ambos os casos, a autorização da Administração Pública será materializada por um **ato administrativo**, posteriormente formalizado por meio de um **contrato administrativo**.

Com efeito, este ato administrativo que autorizará a outorga do direito deve ser o produto de um prévio **processo ou procedimento administrativo**⁵⁵ que corresponde à uma ordenação sequencial de atos e retrata o *modus operandi*, ou seja, o conjunto de providências e documentos⁵⁶ que justificará e legitimará a decisão final da Administração. Desta maneira, este *iter* deve assegurar a observância dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, em especial, o “Due Process of Law”, no qual reside as garantias dos indivíduos e grupos sociais envolvidos.

Logo, verifica-se que os atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses dos particulares. Nos procedimentos administrativos, portanto, observar-se-ão, entre outros, os requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de competência, publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.

Neste diapasão, e ainda por força do disposto no art. 37, *caput* da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo, a Administração Pública atuará em

⁵⁵ Art. 4 da Lei Municipal n. 8.777/78

⁵⁶ Art. 5 da Lei Municipal n. 8.777/78: “Considera-se processo, para os fins desta Lei, o conjunto regularmente autuado e formado por requerimentos, documentos, atas de reunião, pareceres e informações instrutórias necessárias à tomada de decisão, de alta relevância administrativa.”

obediência aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos**⁵⁷

No âmbito Municipal, o processo administrativo é regido pela Lei n. 8.777/78 e pelo Decreto Municipal n. 15.306/78, que regulam os aspectos formais de condução e autuação dos processos.

No Estado de São Paulo, o processo administrativo é disciplinado pela Lei nº 10.177 de 30.12.98 que revoga as disposições do Decreto-lei nº 104/69 e da Lei nº 5702/87. Esta legislação introduziu as **normas gerais** que devem ser observadas em todo e qualquer procedimento administrativo deflagrado pela Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica.⁵⁸

Anote-se que a suso citada Lei Paulista nº 10.177 é obrigatória unicamente no âmbito estadual.

Por outro lado, a citada legislação municipal não contém regras suficientemente precisas sobre as etapas do procedimento administrativo.

Isto posto, sem prejuízo da observância dos princípios constitucionais atinentes à atuação da Administração Pública, utilizaremos neste estudo principalmente as normas contidas na Lei Municipal n. 8.777/78 e Decreto n. 15.306/78.

Em relação à Lei Estadual n. 10.177/98, adotaremos suas diretrizes gerais apenas como **parâmetros** a serem observados no procedimento administrativo de outorga referente à *concessão de uso especial* e à *concessão de direito real de uso*.

2. Concessão de Uso Especial Para fins de Moradia

2.1 Etapas preliminares:

⁵⁷ O Art. 8 da Lei n. 10.177/98 dispõe: “São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:

I - incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emane;

II - omissão de formalidades ou procedimentos essenciais;

III - impropriedade do objeto;

IV - inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito;

V - desvio de poder;

VI - falta ou insuficiência de motivação”

⁵⁸ Art. 1 da Lei nº 10.177/98

A *concessão de uso especial* foi qualificada pelo Estatuto da Cidade como “instrumento jurídico e político” utilizado para atender ao objetivo fundamental da Lei, expresso no *caput* do art. 2, qual seja, *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*.

Com efeito, este instrumento urbanístico será utilizado nos projetos de regularização fundiária visando à moradia, devendo ser adotada nas circunstâncias específicas reguladas pela MP n. 2.220.

Antes de abordarmos o procedimento administrativo de outorga propriamente dito, falaremos das etapas preliminares que devem ser observadas previamente ao requerimento e respectiva outorga.

Desta maneira, poderíamos classificar tais etapas da seguinte forma:

- *Inclusão das áreas em programa de regularização fundiária*: identificação como ZEIS e áreas públicas passíveis de intervenção;
- *Pesquisa relativa à titularidade da propriedade*: pública ou privada;
- *Levantamentos topográficos e planialtimétrico cadastral*;
- *Cadastramento das famílias*: inclusive com avaliação da situação sócio econômica e enquadramento da renda.

Antes de efetuado o *cadastramento das famílias*, deve ser realizada uma divulgação prévia do programa de regularização fundiária a ser implantado, informando-se basicamente:

- a intenção de outorgar-se a concessão de uso especial;
- a documentação necessária para o cadastramento das famílias e para a outorga do título;
- os meios de provas admitidos para a comprovação da posse por mais de 5 anos.

Do Cadastramento:

No processo de cadastramento deverá haver um acompanhamento técnico-jurídico para auxiliar e orientar a população no que se refere à documentação e encaminhamentos.

Quando a Prefeitura Municipal iniciar um programa de regularização fundiária em determinado núcleo habitacional deverá, além de cadastrar as famílias que ocupam a área, para futura outorga da concessão de uso especial para fins de moradia, proceder a caracterização da infra-estrutura organizacional e urbana da área pública ocupada para que se possa garantir direito à moradia⁵⁹ digna aos que a ocupam.

O cadastramento seria dividido em duas partes: uma destinada ao *cadastramento das famílias* e outra à *caracterização da infra-estrutura urbana e organizacional do núcleo habitacional*.

O cadastramento das famílias será utilizado para identificar quem das famílias é responsável pela posse, se a família tem documentos aptos a comprovar a posse, além de questões que identifiquem condições de moradia e ocupação particulares de cada família como, por exemplo, quantas famílias ocupam um mesmo lote. O cadastramento familiar servirá para futura outorga da concessão de uso especial para fins de moradia.

Como a concessão de uso especial para fins de moradia fará parte de um programa de regularização fundiária é necessário que se caracterize, para facilitar a implementação deste programa, a infra-estrutura urbana e organizacional do núcleo habitacional tendo em vista a necessidade de adequação da área aos padrões urbanísticos estabelecidos pelo Município.

A caracterização da estrutura organizacional do núcleo habitacional deverá ser utilizada também para auxiliar a Prefeitura Municipal na própria elaboração do plano de cadastramento das famílias. A caracterização da estrutura organizacional da comunidade que ocupa o núcleo habitacional poderá dar subsídio para que o cadastramento seja feito em conjunto com a comunidade, através das associações comunitárias que serão identificadas através da caracterização da estrutura organizacional do núcleo habitacional.

A Prefeitura Municipal, portanto, deverá ao iniciar o programa de regularização fundiária de determinado núcleo habitacional primeiramente proceder a caracterização de sua infra-estrutura urbana e organizacional para depois iniciar o cadastramento das famílias que poderá ser feito, conforme o caso concreto, pelas associações comunitárias do núcleo, já identificadas em sua caracterização organizacional.

Concluído o procedimento de outorga do direito à concessão de uso especial, deverá a Prefeitura Municipal:

⁵⁹ Art. 6º da Constituição Federal.

- *Elaborar o estudo de viabilidade urbana (soluções urbanísticas para o assentamento);*
- *Providenciar a aprovação pela comunidade do estudo de viabilidade urbana.*

2.2 Etapas do procedimento de requerimento e outorga:

Observadas as etapas preliminares acima descritas, nas quais serão delimitadas as áreas de intervenção, enquadradas como ZEIS, e devidamente qualificadas; definida a situação da área do imóvel e dos respectivos ocupantes e cadastradas as famílias assentadas, o procedimento administrativo de outorga poderá ser deflagrado, nas seguintes etapas:

a) Delimitação da competência para conduzir o procedimento e celebrar o contrato

A norma geral contida no art. 53 da Lei Estadual nº 10.177/98 determina que “*A competência para apreciação do requerimento será do dirigente do órgão ou entidade encarregados da matéria versada, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário*”.

Adotado este parâmetro legal, ressaltamos:

A **Secretaria dos Negócios Jurídicos - SJ**, por meio da **Procuradoria Geral do Município - PGM**, desenvolve atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. São órgãos executivos da PGM o Departamento Judicial (JUD), o Departamento Patrimonial (PATR), o Departamento Fiscal (FISC), o Departamento de Desapropriações (DESAP) e o Departamento de Procedimentos Disciplinares (PROCED).

Segundo o art. 87 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, compete privativamente à PGM a “representação judicial do Município, bem como a inscrição e a cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa, além dos *procedimentos relativos ao patrimônio imóvel do Município*, tudo sem prejuízo de outras atribuições compatíveis com a natureza de suas funções”. Importante frisar, que a Lei Municipal nº 10.182 de 30/10/86 estabelece as competências da Secretaria de Negócios Jurídicos, delimitando suas atribuições muito mais ao

campo consultivo e judicial que à condução de processos administrativos atinentes ao patrimônio imobiliário.⁶⁰

A Lei Municipal n. 13.399 de 01/08/02 que criou as **Subprefeituras** extinguindo as Administrações Regionais, determina no seu art. 3 que cumpre aos subprefeitos exercer a Administração Municipal no âmbito da suas respectivas subprefeituras, efetuando a “*direção, gestão e controle dos assuntos municipais em nível local*”. Neste aspecto, o art. 5 desta Lei arrola as atribuições específicas conferidas às Subprefeituras, elencando, dentre elas, a constituição como “*instância regional de administração direta com âmbito intersectorial e territorial*”, na qual reside a responsabilidade de agirem como indutoras do desenvolvimento local como um todo.

Finalmente, o art. 4 da Lei Municipal n. 12.217 de 02/12/96 atribui à **Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano – Sehab**, competência para “*representar o Município na lavratura dos respectivos instrumentos de alienação*”. Neste particular, a Portaria n. 322/90 confere especificamente à **Superintendência de Habitação Popular – Habi** tal atribuição.

Com efeito, face a legislação aplicável, **tanto a SJ (PGM) quanto a Sehab (Habi) teriam competência para conduzir o procedimento de outorga da concessão de uso especial.**

No entanto, embora a Lei Orgânica Municipal tenha atribuído à PGM “*os procedimentos relativos ao patrimônio imóvel*”, tal determinação parece encerrar uma generalidade tal que permitiria a exceção por normas específicas.

Assim, nos parece ser a **Sehab** o órgão que detém a **competência mais específica** para a **condução do procedimento administrativo de outorga do direito subjetivo à concessão de uso especial e a formalização do respectivo instrumento, uma vez que a Lei Municipal n. 12.217 lhe confere expressa e especificamente tal atribuição.**

⁶⁰ Determina o art. 2.º da Lei Municipal n. 10.182/86: “ Compete à Secretaria dos Negócios Jurídicos - SJ, por meio da Procuradoria-Geral do Município – PGM: I - representar judicial e extrajudicialmente o Município;II - representar a Fazenda Municipal junto ao Tribunal de Contas do Município - TCM;III - promover, privativamente, a conbrança, amigável e judicial, da Dívida Ativa;IV - exercer funções jurídico-consultivas em relação ao Poder executivo e à Administração em geral; V - processar sindicâncias, inquéritos administrativos e demais procedimentos disciplinares;VI - zelar pelo estrito cumprimento da legislação concernente ao Município, oficiando ao Prefeito ou a outra autoridade municipal competente nos casos que tal se fizer necessário;VII - propor a a ação sivil pública, atendendo determinação do Prefeito; VIII - propor ao Prefeito ou a outra autoridade municipal competente as medidas que se afigurem convenientes à defesa dos interesses do Município ou à melhoria do serviço público municipal, especialmente nas áreas conexas à sua esfera de atribuições;IX - representar o Município ou o Prefeito, por si ou por quem designar, nas assembléias das entidades da Administração Indireta;X - desempenhar outras atribuições compatíveiscom a natureza de suas funções.”

Outro aspecto que deverá ser considerado, sera a possibilidade do pedido ser protocolado *em local diverso* da Sehab.

Desta forma, embora o procedimento seja de responsabilidade do Habi, dever-se-á considerar **a possibilidade dos pedidos serem protocolados nas Subprefeituras nas quais estejam delimitadas as areas de intervenção e a seguir conduzidos ao Habi para prosseguimento**. Tal cautela daria agilidade ao trâmite do processo, na medida em que proporciona a ampliação dos locais de recebimento do pedido, acarretando ainda, uma maior facilidade aos interessados que não precisariam se locomover grandes distâncias para efetuar o pedido.

b) Nomeação de comissões especiais para condução do procedimento de outorga

Conforme acima exposto, entendemos que o procedimento de outorga e o respectivo contrato deverá ser de responsabilidade da Sehab, por meio do Habi.

Entretanto, dada a confluência de atribuições conferidas pela legislação municipal, entendemos que o procedimento deverá ser conduzido por uma **Comissão Especial Mista**, composta de integrantes da Sehab (Habi), Secretaria de Negócios Jurídicos (Patr) e da Subprefeitura correspondente à área em que se dará a regularização fundiária.

Esta cautela dará ao procedimento maior eficiência e razoabilidade, na medida em que os organismos competentes estarão diretamente encarregados de receber, avaliar e outorgar o direito à concessão de uso especial. Desta forma, quaisquer pendências ou divergências serão melhor solucionadas, estando garantida ainda, a adequada condução e fiscalização do procedimento.

c) Regulamento interno

Considerando-se que a outorga do direito subjetivo à concessão de uso especial depende de uma atuação administrativa, o **regulamento interno** do procedimento funcionará como instrumento de adaptação e ordenação do aparelho administrativo com vistas a criar condições para a fiel execução da Lei.

Com efeito, este *regulamento interno* poderá ser veiculado por **Portaria Intersecretarial** expedida conjuntamente pela Sehab e SJ, e terá por finalidade *normatizar* as etapas do procedimento para legitimar a atuação dos agentes públicos envolvidos.

Este *regulamento interno* deverá estar em estrita consonância com a legislação municipal pertinente, e ainda, com o disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e na MP n. 2.220, reproduzindo seus termos quando for o caso, e devendo expressamente prever:

- i. as competências: quem poderá iniciar, conduzir e finalizar o procedimento até a formalização do contrato;
- ii. a nomeação da Comissão Especial Mista;
- iii. local de protocolo do pedido;
- iv. autuação do requerimento;
- v. documentação a ser apresentada;
- vi. meios de prova e parâmetros de referência;
- vii. prazos;
- viii. possibilidade de diligências;
- ix. publicidade dos atos;
- X. a ausência de decisão no prazo legal não deve ser considerada como negativa do pedido⁶¹ que deve ser expresso;
- xi. recursos administrativos e prazos de julgamento.

d) Publicidade e transparência

O **regulamento interno** acima citado e o **Edital de Convocação** dos interessados deverão ser regularmente publicados na Imprensa Oficial do Município de São Paulo (DOM), a fim de atender-se aos princípios constitucionais da publicidade e transparência⁶², ao art. 115 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e ao art. 10, parágrafo 2 da Lei Municipal n. 8.777/78.

Para garantia da transparência e ampla publicidade, tais documentos devem igualmente ser **afixados** nas respectivas Subprefeituras e na sede do Sehab, devendo estar **disponíveis para xerocópias**.

⁶¹ A MP n. 2.220 estabelece o prazo máximo de 12 meses para avaliação do pedido. O art. 33 da Lei 10.177/98 estabelece no § 1º: “Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário” (grifo nosso). Prossegue o § 2º: “Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior”. Em seguida, determina o § 3º: “O disposto no § 1º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.”(grifo nosso)

⁶² Art. 37, *caput* da CF/88 e art. 111 da Constituição do Estado de SP.

Da mesma forma, uma vez concluído o procedimento, deverá ser novamente publicada no DOM e afixado na sede do Sehab e respectiva Subprefeitura o resultado final, contendo a **listagem dos concessionários e o resumo da decisão motivada referente aos pedidos recusados.**

e) Requisitos e documentos

Em termos gerais, o art. 54 da Lei Estadual n. 10.177/98 determina que todo requerimento administrativo pertinente à "outorga de direitos" será "dirigido à autoridade competente para sua decisão e desde logo instruído com a prova documental que o interessado dispõe, devendo indicar:

I. o nome, a qualificação e o endereço do requerente;

II. os fundamentos de fato e de direito do pedido;

III. a providência pretendida;

IV. as provas em poder da Administração que o requerente pretende ver juntadas aos autos'.

No mesmo sentido, dispõe o art. 3 do Decreto Municipal nº 15.306/78, que elenca os requisitos essenciais ao requerimento, dentre eles: a qualificação do requerente; a indicação da autoridade competente e a juntada de todos os documentos probatórios.

Em que pesem tais regras gerais, no **requerimento referente à concessão de uso especial para fins de moradia**, o interessado deverá:

i. mencionar sua qualificação pessoal e juntar uma cópia simples de um documento de identidade;

ii. declarar, expressamente, sob as penas da lei:

a) que não é proprietário urbano nem rural;

b) que até 30 de junho de 2001, possuiu como sua, por 5 (cinco) ou mais anos, ininterruptos e sem oposição, área urbana contínua, não excedente de 250 metros quadrados,

c) que nela tem sua morada;

iii. individualizar o imóvel, mencionando:

a) localização (Estado, Município, Distrito e localidade) e denominação, se houver;

b) área aproximada, em metros quadrados;

c) dimensões aproximadas;

d) vias de acesso.

- pedir que seja administrativamente reconhecido haver ele adquirido, por concessão especial de uso, o direito à moradia do imóvel, com a consequente expedição do título, para transcrição no Registro de Imóveis;
- Na hipótese de tratar-se de imóvel pertencente à União ou ao Estado, deverá ser juntada certidão expedida pelo Poder Público Municipal atestando a localização do imóvel em área urbana e sua destinação como moradia do ocupante ou de sua família.⁶³

Neste requerimento poderão ser dispensadas as autenticações, o reconhecimento da firma e a juntada da planta do imóvel.

Entregue o requerimento, deverá o interessado receber o respectivo **cartão-protocolo**⁶⁴, constando o número do processo e a data de recebimento.

Respeitadas as regras municipais atinentes à padronização de requerimentos, pode ser conveniente que o presente termo de requerimento seja **padronizado** na forma de **formulário**, a fim de facilitar a compreensão e preenchimento dos dados pelas famílias interessadas.

f) Análise da prova e da documentação apresentada

Enquanto norma geral a ser adotada como parâmetro no procedimento em análise, dispõe o art. 55 da citada Lei n. 10.177 que a tramitação dos requerimentos referentes à “outorga de direitos” observará as seguintes regras:

I - protocolado o expediente, o órgão que o receber providenciará a autuação e seu encaminhamento à repartição competente, no prazo de 2 (dois) dias;

II - o requerimento será desde logo indeferido, se não atender aos requisitos dos incisos I a IV do art. 54⁶⁵, notificando-se o requerente;

III - se o requerimento houver sido dirigido a órgão incompetente, este providenciará seu encaminhamento à unidade adequada, notificando-se o requerente;

⁶³ Art. 6, parágrafo 2 da MP n. 2.220/01

⁶⁴ Dispõe o art. 4, parágrafo único do Decreto Municipal n. 15.306: “A quem apresentar requerimento ou demais papéis para autuação será fornecido um cartão-protocolo, do qual constará o número tomado pelo processo e a data de recebimento”.

⁶⁵ Ausência da “providência pretendida” (inc. III) e ausência das “provas em poder da Administração que o requerente pretende ver juntadas aos autos” (inc. IV).

IV - a autoridade determinará as providências adequadas à instrução dos autos, ouvindo, em caso de dúvida quanto à matéria jurídica, o órgão de consultoria jurídica:

V - quando os elementos colhidos puderem conduzir ao indeferimento, o requerente será intimado, com prazo de 7 (sete) dias, para manifestação final:

VI - terminada a instrução, a autoridade decidirá, em despacho motivado, nos 20 (vinte) dias subseqüentes;

VII - da decisão caberá recurso hierárquico.

Na esfera do procedimento de outorga da concessão de uso especial em análise, recebido o requerimento devidamente protocolado, e estando preenchidos os requisitos formais a ele pertinentes, o agente público encarregado deverá:

- i. verificar se trata-se de requerimento individual ou coletivo;
- ii. verificar a utilização dada ao imóvel: moradia ou comercial;⁶⁶
- ii. verificar se se trata de área urbana compreendida nas zonas já discriminadas para a regularização fundiária;
- iii. em caso afirmativo, proceder à vistoria na área, elaborando planta, ainda que rudimentar, e memorial descritivo, embora sumário;
- iv. verificar se trata-se de área de risco, uso comum do povo, destinado à projeto de urbanização ou proteção ambiental, para fins de aplicação do disposto no art. 4 e 5 da MP n. 2.220/01;
- v. verificar os **parâmetros de referência*** de comprovação do tempo de posse;
- vi. verificar a questão da oposição;
- vii. verificar e dirimir as situações conflitantes;
- viii. expedir o título e o correspondente termo contratual, se preenchidas as condições previstas na MP n. 2.220/01 e no Regulamento Interno.

Os ***parâmetros de referência de comprovação da posse** devem ser considerados meios de prova a serem apresentados pelo requerente ou pesquisados e analisados diretamente pela Comissão. Trata-se de uma seqüência de parâmetros visando à comprovação do tempo de posse, inexistindo quaisquer hierarquia entre eles. Os parâmetros serão os seguintes:

- a) **Análise do Censo 1990:** No caso do assentamento já estar cadastrado estaria, *a priori*, comprovado o prazo de cinco anos estabelecido na MP n. 2.220;

⁶⁶ A fim de verificar a possibilidade da "autorização de uso" prevista no art. 9 da MP n. 2.220/01.

- b) Verificação, se houver, da **data das autorizações** de entidades como Eletropaulo e Sabesp;
- c) Verificação, se for o caso, da **data de instalação** de equipamentos comunitários, a exemplo de Emeis e Escolas.
- d) Verificação da existência de **oposição** , delimitando-se as datas em que elas ocorreram.

No que diz respeito às **provas** que podem comprovar a existência da ocupação por mais de cinco anos, o papel da Prefeitura Municipal deve ser de buscar informações em arquivos públicos de qualquer natureza que possam caracterizar a existência da ocupação por mais de cinco anos devendo ainda, conforme possibilita o artigo 4º, inciso V, alínea “r”, do Estatuto da Cidade, prestar assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos⁶⁷. Assistência técnica e jurídica devem ser fornecidas pela administração pública de forma a possibilitar ao possuidor de área pública a comprovação dos requisitos da concessão de uso especial para fins de moradia.

Para que a Prefeitura Municipal possa outorgar a concessão de uso especial para fins de moradia é necessária a comprovação de que não houve oposição à posse, tendo em vista tratar-se de requisito previsto pelo artigo 1º da Medida Provisória 2220/01.

Devem ser consideradas também **parâmetros de referência**, e portanto **provas aptas** a comprovar a decorrência de cinco anos na posse:

- Registro das crianças da família na escola;
- Registro dos moradores no posto de saúde;
- Comprovante de Carteira de Vacinação;
- Registro de nascimento (em casos mais antigos em que era registrada a residência do nasciturno);
- Existência, a mais de cinco anos, de equipamentos públicos ou comunitários na área pública ocupada, tais como escolas; creches; posto de saúde e; centros comunitários;
- Prestação de serviços de coleta de lixo;

⁶⁷ A razão para a prestação de assistência técnica e jurídica e seu fundamento foram bem definidas por Adilson Abreu Dallari, da seguinte forma: “Nessa mesma linha , a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos visa dar maior concreção à garantia prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que determina ao Poder Público em geral o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O que se tem no Estatuto da Cidade é a reafirmação dessa mesma garantia, voltada mais diretamente para questões inerentes ao uso conveniente dos espaços habitáveis.”. Dallari, Adilson Abreu, *Estatuto da Cidade – comentários à Lei Federal 10.257/01*, 1º edição, Malheiros Editores, página 82

- Existência de transporte público na área ocupada;
- Existência de Iluminação Pública;
- Prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica;
- Prestação de serviços de abastecimento de água;
- Mapas que demonstram a existência da ocupação e;
- Fotos aéreas que demonstram a existência da ocupação;
- Carnês de compras (ex: carnês de crediários);
- Recibos
- Declarações de instituições privadas confirmando a existência do núcleo por mais de cinco anos (ex: Rottary Club, Hospitais, Escolas, Universidades, etc.).

Nos casos conflitantes, por exemplo, se dois ou mais requerentes pretenderem o direito para a mesma área, dever-se-á efetuar **diligências e suspensão do procedimento**, instaurando-se um *procedimento específico*⁶⁸ para dirimir a questão.

Dever-se-á, então, proceder-se a definição da situação do requerente:

a) Finda a análise da prova e documentação, sendo o caso de aceitação do pedido por terem sido preenchidos os requisitos regulamentares, elabora-se a **listagem final dos concessionários**.

b) Do contrário, sendo recusado o pedido por decisão fundamentada⁶⁹, dever-se-á efetuar uma triagem na medida em que muitos dos casos poderão recair na hipótese de **concessão de direito real de uso (CDRU)**, situação esta que modificaria a natureza da outorga.

Finalmente, deve-se dar ampla publicidade ao resultado final, que deve ser **publicado no DOM e afixado na respectiva Subprefeitura e na sede do Sehab**, concedendo-se o respectivo prazo recursal.

Convém ressaltar, que o art. 6 da MP n. 2.220/01 estabelece o **prazo máximo de 12 meses para a decisão administrativa**, prazo este computado a partir do dia do protocolo do pedido.

⁶⁸ Dispõe a regra geral do art. 56 da Lei n. 10.177/98: "Quando duas ou mais pessoas pretenderem da Administração o reconhecimento ou atribuição de direitos que se excluem mutuamente, será instaurado procedimento administrativo para a decisão, com observância das normas do artigo anterior, e das ditadas pelos princípios da igualdade e do contraditório".

⁶⁹ Art. 24 do Decreto Municipal n. 15.306/78 c/c art. 37 da CF/88 e art. 111 da Constituição Paulista.

g) Recursos e prazos

Todo aquele que for afetado por decisão administrativa terá legitimidade para dela recorrer, em defesa de interesse ou direito⁷⁰. Neste particular, o requerente que tiver seu pedido expressamente negado terá o direito ao **recurso administrativo**, a ser interposto contra a Comissão (autoridade competente na condução do processo).

Dispõe o art. 11 da Lei Municipal n. 8.777/78 que *“Do despacho decisório do processo caberá:*

1. *Pedido de reconsideração, dirigido à mesma autoridade que proferiu a decisão;*
2. *Recurso, dirigido à autoridade imediatamente superior àquela que proferiu a decisão ou reconsideração”*

Na seqüência, os parágrafos descrevem a possibilidade de recurso ao Prefeito contra o despacho proferido pela autoridade em grau de recurso, sendo que a decisão do Prefeito ou o decurso do prazo recursal encerra a instância administrativa, configurando a denominada *coisa julgada administrativa*.

Em relação aos efeitos do recurso administrativo, o §3 do art. 11 da Lei Municipal n. 8.777/78 determina: *“Nenhum recurso terá efeito suspensivo, salvo os casos expressamente previstos na legislação”*. Logo, inexistindo disposição em contrário, o recurso interposto no procedimento de outorga deverá ser recebido apenas com efeito devolutivo.

O *Regulamento Interno* poderá prever os prazos para a interposição de recursos, e também os prazos previstos para a decisão fundamentada.

h) Instrumento e registro

Preenchidos os requisitos pertinentes e suficientes para a outorga, deverá a Comissão **expedir o título** que reconhece administrativamente ter o requerente adquirido o direito subjetivo à concessão especial de uso.

⁷⁰ Art. 37 da Lei n. 10.177/98

Embora o título conferido pela Comissão ao requerente sirva para efeito de registro no Cartório de Registro de Imóveis⁷¹, entendemos necessária a elaboração de um **contrato de concessão de uso especial para fins de moradia**.

Com efeito, o título gerará automaticamente um **termo contratual**, devendo o requerente ser convocado para dia e hora determinado vir assinar o contrato e receber o título.

⁷¹ Art. 6, parágrafo 4 da MP n. 2.220/01

3. Concessão de Direito Real de Uso (CDRU)

A CDRU também foi qualificada pelo Estatuto da Cidade como “instrumento jurídico e político” utilizado para atender ao objetivo fundamental da Lei expressado no *caput* do art. 2. Este instrumento urbanístico será utilizado nos projetos de regularização fundiária visando à moradia, sendo disciplinado pelo Decreto-Lei n. 271 de 28.02.67.

Considerando-se a intervenção objetivando a regularização fundiária, deve-se considerar a **possibilidade de aplicar-se a CDRU nos casos em que não seja possível a adoção da Concessão de Uso Especial.**

Esta possibilidade poderá ocorrer no momento da análise da documentação e prova pertinente ao pedido de Concessão de uso especial. Verificada a impossibilidade de outorga do instrumento previsto na MP n. 2.220, poderá a Comissão analisar a viabilidade da CDRU.

Para tanto, deverá o **Regulamento Interno** prever expressamente a tal possibilidade, desde que devidamente notificados os requerentes. Em relação à necessidade da prévia **Lei autorizadora**⁷² para a CDRU, esta deverá ser providenciada para viabilizar a possibilidade da CDRU nas hipóteses em que não seja possível a Concessão de Uso Especial.

O procedimento de outorga para a CDRU deverá observar praticamente as mesmas etapas previstas para a Concessão de Uso Especial, **dispensadas apenas aquelas relacionadas à comprovação do tempo de posse sem oposição**, fatores estes dispensados na hipótese da CDRU.

Preenchidos os requisitos pertinentes e suficientes para a outorga⁷³, deverá a Comissão expedir o título que reconhece administrativamente ter o requerente adquirido a concessão de direito real de uso

Nos termos do Decreto-Lei n. 271, dever-se-á elaborar o **contrato de concessão de direito real de uso**, devendo o requerente ser convocado para dia e hora determinado vir assinar o termo contratual e receber o título.

⁷² O Projeto de Lei sobre a “desafetação das áreas públicas e outorga da Concessão de uso especial para fins de moradia” prevê expressamente no art. 3, parágrafo único, a possibilidade da CDRU exclusivamente para fins de moradia no caso de “não ocorrer o implemento da totalidade das exigências previstas na Medida Provisória”.

⁷³ Para o atendimento de programas habitacionais de interesse social, a Lei Federal n. 8.666/93 dispensa a realização de licitação (cf. art. 17, I, “f”).

