

MARGERE ROSA DE OLIVEIRA

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:
DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA
E O USO DE BENS PÚBLICOS**

Dissertação realizada como exigência para obtenção do título de Mestre, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

ORIENTADOR: PROF. DR. JUAREZ FREITAS

PORTO ALEGRE

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

O48i Oliveira, Margere Rosa de
Interpretação constitucional: direito fundamental à moradia e o uso dos bens públicos. / Margere Rosa de Oliveira. – Porto Alegre, 2011. 162 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.
Linha de Pesquisa: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.
Orientação: Prof. Dr. Juarez Freitas.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito à Moradia. 3. Uso de Bens Públicos. 4. Propriedade Pública. 5. Função Social. 6. Regularização Fundiária. I. Freitas, Juarez. II. Título.

CDD 341.27

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado” e à linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”, aborda a temática do direito fundamental à moradia e o uso dos bens públicos. O tema é desenvolvido a partir da análise da doutrina, da jurisprudência, de tratados, das convenções e das declarações internacionais dos direitos humanos, da interpretação da Constituição Federal Brasileira e da legislação infraconstitucional brasileira. A dissertação aborda o direito fundamental à moradia, tendo por fio condutor o princípio da dignidade da pessoa humana, sua previsão no sistema internacional de direitos e no direito brasileiro, sua natureza prestacional e as competências constitucionais do Estado para sua efetivação. Dedicase, também, ao estudo dos bens públicos, compreendendo sua classificação, seu regime jurídico e a função social da propriedade pública, assim como os institutos jurídicos aplicáveis à alienação e à outorga do uso de bens públicos aos particulares, com especial ênfase à análise dos institutos jurídicos utilizados pelo Poder Público para dar efetividade ao direito à moradia, por meio da alienação de bens públicos, que são: venda, doação e legitimação da posse; e por meio da outorga do uso de bens públicos, quais sejam: concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso, aforamento e cessão de uso.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Moradia. Uso de bens públicos. Propriedade pública. Função social. Regularização fundiária.

RIASSUNTO

La dissertazione attuale, collegata con la zona di concentrazione “Fondamenti Costituzionale del Diritto Pubblico e del Diritto Privato” e della linea di ricerca “Efficacia ed Effettività della Costituzione e dei Diritti Fondamentali nel Diritto Pubblico e nel Diritto Privato”, affronta le tematiche del diritto fondamentale all'alloggiamento ed all'uso dei beni pubblici. Il tema oggetto è sviluppato dall'analisi della dottrina, della giurisprudenza, dei trattati, delle convenzioni e delle dichiarazioni internazionali dei diritti umani, l'interpretazione della costituzione federale e della legislazione brasiliana infraconstituzionale. La dissertazione affronta il diritto fondamentale all'alloggiamento, avendo per filo conduttore il principio della dignità della persona umana, sua previsione nel sistema internazionale dei diritti e nel diritto brasiliano, sua natura prestazionale e della competenza costituzionali del Stato per l'adempimento. Si dedica anche allo studio dei beni pubblici, comprendendo la relativa classificazione, il suo regime legale e la funzione sociale della proprietà pubblica, così come gli istituti giuridici applicabili all'alienazione e la concessione dell'uso dei beni pubblici a quelle particolari, con speciale attenzione all'analisi degli istituti giuridici utilizzati dalle autorità pubbliche per dare effettività al diritto all'alloggiamento, per mezzo dell'alienazione dei beni pubblici, che sono: vendita, donazione e legittimazione della possesso; e per mezzo della concessione dell'uso dei beni pubblici, che sono: concessione dell'uso speciale per ai fini di alloggio, concessione del diritto reale di uso, fuero e cessione dell'uso.

PAROLE-CHIAVE: Diritti fondamentali. Alloggiamento. Uso dei beni pubblici. Proprietà pubblica. Funzione sociale. Regolarizzazione di terra.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA | 15 |
| 1.1 Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à moradia | 20 |
| 1.2 A previsão do direito fundamental à moradia no sistema internacional de direitos | 24 |
| 1.3 A previsão do direito fundamental à moradia no direito brasileiro | 32 |
| 1.4 Direito fundamental à moradia: um direito de natureza prestacional | 35 |
| 1.5 As competências constitucionais do Estado em face do direito fundamental à moradia | 42 |
| 1.6 Considerações finais do capítulo | 46 |
| 2 BENS PÚBLICOS | 49 |
| 2.1 Conceitos | 49 |
| 2.1.1 Conceito de bens | 49 |
| 2.1.2 Conceito domínio público | 51 |
| 2.1.3 Conceito de afetação e de desafetação | 54 |
| 2.1.4 Conceito de bens públicos | 55 |
| 2.1.5 Conceito de bens de uso comum | 56 |
| 2.1.6 Conceito de bens de uso especial | 58 |
| 2.1.7 Conceito de bens dominicais | 59 |
| 2.2 Classificação dos bens públicos | 60 |
| 2.3 Regime jurídico dos bens públicos | 62 |
| 2.3.1 Gestão dos bens públicos | 63 |
| 2.3.2 Atributos dos bens públicos | 67 |
| 2.3.2.1 Inalienabilidade | 68 |
| 2.3.2.2 Impenhorabilidade | 69 |
| 2.3.2.3 Imprescritibilidade | 69 |
| 2.3.2.4 Não-oneração | 70 |
| 2.4 Função social da propriedade privada e da propriedade pública | 71 |
| 2.4.1 Função social da propriedade privada | 71 |
| 2.4.2 Função social da propriedade pública | 88 |
| 2.5 Alienação dos bens públicos | 97 |
| 2.5.1 Exigências e formalidades para alienação de bens imóveis públicos | 97 |
| 2.5.2 Institutos jurídicos aplicáveis à alienação de bens imóveis públicos | 98 |
| 2.6 Uso de bens públicos | 101 |
| 2.6.1 Institutos jurídicos aplicáveis ao uso de bens imóveis públicos por | |

| | |
|--|------------|
| particulares | 103 |
| 2.7 Considerações finais do capítulo | 107 |
| 3 INSTITUTOS JURÍDICOS APLICÁVEIS À ALIENAÇÃO E AO USO DE BENS | |
| IMÓVEIS PÚBLICOS PARA FINS DE MORADIA | 109 |
| 3.1 Alienação de bens imóveis públicos para fins de moradia | 110 |
| 3.1.1 Venda | 110 |
| 3.1.2 Doação | 111 |
| 3.1.3 Legitimação da posse | 113 |
| 3.2 Uso de bens imóveis públicos para fins de moradia | 123 |
| 3.2.1 Concessão de uso especial para fins de moradia | 124 |
| 3.2.2 Concessão de direito real de uso | 132 |
| 3.2.3 Aforamento ou enfiteuse | 137 |
| 3.2.4 Cessão de uso | 138 |
| 3.3 Considerações finais do capítulo | 140 |
| CONCLUSÃO | 144 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 153 |

INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, o adensamento populacional nas áreas urbanas é crescente, como demonstra o Censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Na última década, a população brasileira teve uma taxa de crescimento de 1,17% e, dos 185.712.713 de brasileiros, 88,35% vive, atualmente, na zona urbana. Os dados do Censo devem se inserir nas preocupações do Poder Público, pois o estudo da realidade brasileira demonstra que boa parte das áreas urbanas vem sendo ocupadas de forma desordenada e excludente, sem observância dos padrões de desenvolvimento urbanístico e ambiental.

O crescimento populacional das áreas periféricas das cidades, as quais não possuem os equipamentos e serviços urbanos adequados para garantir condições de vida digna, é resultante do processo migratório do campo para a cidade, intensificado a partir do início da industrialização, na metade do século XX. Na época, para impulsionar o crescimento industrial, as reformas urbanas e investimentos em obras de infraestrutura levaram a população, notadamente os trabalhadores com baixo poder aquisitivo, para as periferias das cidades, onde se instalaram sem as mínimas condições adequadas de moradia. Essas áreas foram e continuam sendo utilizadas em desacordo com a legislação urbanística e ambiental, mediante ocupações, na maioria das vezes inapropriadas e, portanto, de grande risco para a população que nelas reside. Um exemplo recente e chocante desse problema se verificou no Rio de Janeiro, onde comunidades inteiras localizadas em encostas de morros, ou próximas destas, foram destruídas pelas fortes chuvas, sendo que uma delas havia sido instalada em área de grande risco, na encosta de um morro que, inclusive, havia servido para depósito de lixo. Na referida área, ocorreram deslizamentos de terras, soterrando casas e causando a morte de várias pessoas.

O objeto desta dissertação centra-se na análise jurídica de tema estreitamente relacionado com o processo de adensamento populacional das áreas urbanas: o uso de bens públicos para fins de moradia.

O objetivo do estudo é abordar o assunto com foco na correta gestão dos bens públicos pelo Estado, a fim de que este cumpra com sua atribuição de dar efetividade ao direito fundamental à moradia, indicando os institutos jurídicos que podem ser aplicados, pelo Poder Público, na outorga do uso dos bens públicos para fins de moradia, bem como os utilizados para a alienação dos bens para fins de moradia. Contudo, serão analisadas, também, algumas questões referentes à competência do Estado para intervir no exercício do direito de propriedade pelos particulares, a fim de garantir o direito fundamental à moradia.

A ocupação irregular de áreas públicas tem a mesma vertente da irregularidade na ocupação de bens particulares, ou seja, decorre do adensamento populacional das áreas urbanas sem respeito às normas urbanísticas e ambientais. Relativamente aos bens públicos, percebe-se, ainda, que o uso inadequado se dá, também, pela ausência de uma atuação mais efetiva por parte da Administração Pública na regulação do uso de bens públicos e na fiscalização de suas normas e do próprio uso dos mesmos.

No Brasil, antes do advento da CF de 1988, as questões urbanísticas eram tratadas por meio de normas esparsas. Desde então, foram editadas diversas normas para regular, de forma sistêmica, a política de desenvolvimento urbano com o estabelecimento de competências claras aos diversos entes federados. O Estatuto da Cidade, ao regulamentar a Constituição, estabeleceu diretrizes para o desenvolvimento da política urbana de modo a que a propriedade e a cidade cumpram uma função social.

A função social da cidade e a função social da propriedade se concretizam por meio do exercício do direito de propriedade de forma sustentável e em prol do bem estar coletivo. O direito social à moradia, a sua vez, se efetiva quando a propriedade e a cidade cumprem sua função social. Para isso, é imprescindível a atuação do Estado, seja por meio da regulação e aplicação dos institutos previstos no Estatuto da Cidade, seja por meio do estabelecimento de políticas voltadas à ampliação da infraestrutura e dos serviços urbanos, assim como de políticas relativas a projetos habitacionais e de regularização fundiária.

Em relação à regularização fundiária foram editadas normas importantes, como é o caso da MP nº 2.220/2001 e da Lei Federal nº 11.977/2009, que estabelecem regras relevantes para a regularização dos assentamentos informais em áreas públicas e privadas. Estas normas regularam importantes institutos que visam à concretização do princípio da função social da propriedade e a efetivação do direito fundamental social à moradia.

A Lei Federal nº 11.977/2009, ao tratar da legitimação na posse faz surgir questionamentos referentes à forma adequada de regularização do uso irregular de bens públicos por particulares para fins de moradia. Essa lei faz surgir, também, o questionamento sobre a aplicação do princípio da função social da propriedade. Esse princípio, de longa data, é analisado pela doutrina, a qual tem se posicionado de forma unânime sobre sua incidência no que respeita à propriedade particular. Contudo, no que respeita a sua aplicabilidade à propriedade pública, paira no ar uma interrogação sobre a sua incidência.

No que respeita à posse de bens públicos por particulares, a questão que se coloca diz respeito à garantia dessa para os particulares em face do regime jurídico aplicável aos bens públicos, pois os atributos desses bens orientam para a imprescritibilidade dos mesmos, sendo necessária a análise da questão de forma sistemática. Essa situação gera, ao Poder Público, a necessidade de reorganizar e agir para proteger e garantir o direito dos menos favorecidos à moradia e, ao mesmo tempo, para bem gerir a utilização dos bens públicos. É justamente sobre estes deveres que se pretende fazer uma análise jurídica, pois a problemática deste estudo envolve, especialmente, a relação entre o direito à moradia e a utilização de bens imóveis públicos.

Analisar estas questões é o propósito deste estudo, sem a pretensão de apresentar posicionamentos estanques, pois a constante transformação da realidade leva sempre à revisão das ideias. O estudo foi dividido em três capítulos, para agrupar os assuntos, de forma sistematizada, como segue.

No primeiro capítulo dessa dissertação, sob o título “Direito fundamental à moradia”, apresenta-se breve relato sobre a previsão do direito fundamental à moradia nos tratados, declarações e convenções internacionais, assim como na legislação brasileira. Igualmente, analisa-se o direito fundamental social à moradia e sua relação com a dignidade da pessoa humana. Discorre-se, também, sobre a natureza prestacional desse direito e as competências constitucionais do Estado em face do mesmo.

Sob o título de “Bens públicos”, o segundo capítulo inicia pelo estabelecimento dos conceitos de bens, de domínio público, de afetação, de desafetação e de bens públicos [de uso comum, de uso especial e dominicais]. Após, discorre-se sobre a classificação dos bens públicos e sobre o regime jurídico que lhes é aplicável, neste inclui-se as condições referentes à gestão, aos atributos dos bens públicos [inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não-oneração]. Na sequência, aborda-se o princípio da função social da propriedade, analisando-se este no que respeita à sua incidência sobre a propriedade particular e pública. Analisa-se a alienação dos bens, seus requisitos, formalidades e institutos jurídicos

aplicáveis. Por fim, verificam-se questões referentes ao uso dos bens públicos e os respectivos institutos jurídicos aplicáveis para outorgá-lo aos particulares.

No terceiro capítulo, sob o título de “Institutos jurídicos aplicáveis à alienação e ao uso de bens imóveis públicos para fins de moradia”, faz-se uma análise dos institutos relativos à alienação de bens públicos, usados pelo Poder Público para dar efetividade ao direito à moradia, quais sejam: a venda, a doação e a legitimação de posse. Da mesma forma, procede-se ao exame dos institutos utilizados pela Administração para outorgar o uso de bens públicos aos particulares, para fins de moradia, tratando-se da concessão de uso especial para fins de moradia, da concessão de direito real de uso, do aforamento ou enfiteuse e da cessão de uso.

O estudo quer contribuir para o debate desse tema tão importante sob o aspecto social, jurídico e acadêmico. Sob o aspecto social, porque trata de um direito fundamental da pessoa humana, que visa garantir-lhe vida digna, e a efetividade deste direito é assunto que aflige a sociedade brasileira, onde se encontra significativa desigualdade social relativamente ao exercício desse direito. Para o mundo jurídico, a análise da matéria é importante pela necessidade de orientação contextualizada em valores, princípios, regras constitucionais e infraconstitucionais ao Poder Público, em especial às administrações municipais, a fim de que administrem adequadamente seus bens e estabeleçam políticas públicas voltadas para a busca de solução do déficit habitacional e da regularização fundiária nos centros urbanos. É o estudo, igualmente, importante para o debate do tema através da construção jurídica, objetivando colaborar com sua análise do ponto de vista da tutela constitucional da efetividade do direito fundamental à moradia. No meio acadêmico, a análise tem relevância na medida em que ocorre o aprofundamento do conhecimento, em especial em relação à evolução da interpretação constitucional que o Poder Judiciário vem dando ao assunto, pois é justamente neste meio que o Direito se aprimora, a partir da construção e reconstrução das teses e da interpretação constitucional dos temas relevantes para a área jurídica e, conseqüentemente, para a sociedade.

Portanto, com a intenção de contribuir para esse debate, passa-se para a análise do tema na seqüência.

CONCLUSÃO

Ao término da pesquisa, que teve por base a doutrina, a legislação e a jurisprudência referentes ao direito fundamental à moradia e ao uso de bens públicos, apresentam-se as conclusões sobre a temática, destacadas do estudo empreendido nos três capítulos dessa dissertação.

Preliminarmente, destaca-se que as conclusões ora apresentadas são definitivas apenas para a presente pesquisa, pois a dinâmica social e jurídica que envolve o tema em estudo não permite que se tenha uma posição peremptória.

O desenvolvimento e a urbanização das cidades de forma inadequada e desordenada, ou seja, sem planejamento racional e dentro de padrões que não observam as regras urbanísticas e ambientais, que, no Brasil, ocorreu desde a metade do século XX, contribuem para a falta de acesso à moradia pelas populações menos favorecidas. Esta situação levou a população de baixa renda a procurar a periferia da cidade para habitar, em face do alto custo da propriedade na zona urbana decorrente da especulação imobiliária, levando essa população à “segregação residencial”.

A permanência da exclusão habitacional é problema atual, conforme evidencia o Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, de 2010. Este relatório apresenta os dados da realidade habitacional brasileira, demonstrando que esse intenso processo de urbanização não foi combinado com a expansão da oferta de terra urbanizada e habitação adequada e com condições condizentes ao nível de renda da população.

Assim, a moradia em condições dignas para todos, especialmente aos menos favorecidos, é, sem dúvida, um problema ainda palpitante na realidade brasileira, que precisa de grande atenção do Poder Público como garantidor deste direito fundamental.

O direito à moradia não é um direito novo, embora somente tenha sido reconhecido pela Constituição Federal Brasileira em 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26. De longa data, esse direito goza de proteção em âmbito internacional em diferentes tratados,

convenções e declarações, desde a sua previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, e, por conseguinte, no direito brasileiro, por força do disposto no § 2º e no § 3º do art. 5º, da CF.

“Moradia” é um termo que deve ser interpretado de modo específico, para dedução de seu efetivo conteúdo e significado, ou seja, não se pode refletir sobre o direito à moradia sem pensar nesta como o lugar com condições mínimas e adequadas para que o ser humano possa ali viver com dignidade.

Moradia adequada significa mais que um teto para o abrigo de intempéries, pois, deve compreender também: privacidade adequada; espaço adequado; acessibilidade física; nível adequado de segurança; segurança da posse; estabilidade estrutural e durabilidade; uma iluminação adequada, aquecimento e ventilação; adequada infraestrutura básica como instalações de abastecimento de água, saneamento e gestão de resíduos; qualidade ambiental adequada e fatores relacionados com a saúde; e local adequado e acessível com respeito ao trabalho e instalações básicas: tudo o que deve estar disponível a um custo acessível. Essa adequação deve ser determinada juntamente com as pessoas em causa, tendo em conta a perspectiva de desenvolvimento gradual, considerando-se a realidade local, fatores culturais, sociais, ambientais e econômicos peculiares, bem como fatores específicos de idade e gênero.

O direito à moradia assinala um direito da personalidade individual, relacionando-se, estreitamente, com os direitos da personalidade que são direitos inerentes essencialmente à pessoa, notadamente o direito à integridade física [e moral], à vida e à privacidade. Deste modo, ao lesar o direito fundamental à moradia, outros direitos fundamentais podem ser lesados também, pelo que não basta, simplesmente, garantir o direito a uma morada, mas deve ser afiançada uma morada em condições adequadas, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, qualidade que distingue cada ser humano e o faz merecedor de respeito.

A Constituição Brasileira elege, no inciso III de seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tendo o ordenamento jurídico brasileiro, portanto, por pedra angular a tutela da dignidade da pessoa humana, que deve ser o fio condutor do direito à moradia.

A efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana se dá por meio da garantia do mínimo existencial, cuja preservação é uma necessidade em favor dos indivíduos, compreendendo o conjunto de bens mínimos a que todo indivíduo tem direito como condição para uma existência digna.

Neste contexto, ao Estado compete a obrigação de garantir a distribuição da propriedade de forma justa, de modo que todos tenham certo volume de recursos materiais, perseguindo, assim, a justiça distributiva.

O direito de propriedade deve ser exercido de modo que a propriedade cumpra sua função social, muito embora o direito à moradia não se confunda com o direito de [ou à] propriedade, sendo aquele autônomo em relação a esta.

Para tanto, ao Estado competem prestações, positivas e negativas, que visem garantir aos indivíduos o mínimo existencial e a efetividade dos seus direitos fundamentais, tendo por fio condutor o princípio da dignidade da pessoa humana, com o qual tem indissociável relação o direito à moradia, sendo esta uma necessidade de toda pessoa humana.

No Brasil, o direito à moradia é expressamente assegurado no inciso IX do art. 23, que estabelece o dever do Estado, nas suas três esferas, de promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Da mesma forma, faz parte das necessidades básicas dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que devem ser atendidas pelo salário mínimo (artigo 7º, inciso IV). E, na condição de direito fundamental, foi inserido, expressamente, no art. 6º há pouco menos de uma década, por meio da Emenda Constitucional nº 26, editada em 2000.

Ao disciplinar a ordem urbanística, o art. 182 da Constituição rege que a política de desenvolvimento urbano deve garantir o bem-estar social de seus habitantes e observar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, a qual deve ter por instrumento básico o plano diretor, que terá exigências fundamentais para a sua ordenação, de modo que a propriedade cumpra sua função social, como corolário da Constituição Cidadã, sendo uma das funções sociais da propriedade urbana e das cidades, sem dúvida, a acessibilidade ao direito fundamental à moradia. Assim, a inclusão do direito à moradia na Constituição obriga o Estado a um papel socialmente ativo para conferir efetividade a esse direito.

Compete, portanto, ao Estado, em relação ao direito à moradia, atuar tanto no estabelecimento de normas [sendo várias as normas editadas no Brasil sobre a matéria, citando-se, como exemplo, o Estatuto da Cidade e a Lei Federal nº 11.124/2005], quanto de políticas habitacionais e de regularização fundiária, voltadas a garantir que a cidade e a propriedade cumpram sua função social.

Relativamente à função social, a Constituição Brasileira estabelece, ainda, nos arts. 182 e 183, regras fundamentais relativas à política de desenvolvimento urbano, facultando ao Poder Público Municipal exigir do proprietário do solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou

edificação compulsória, imposto predial e territorial progressivo no tempo, e de desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Ao analisar as disposições constitucionais, o intérprete deve ter em conta de que são prescrições de ordem pública que buscam estabelecer o equilíbrio na sociedade, visando à paz social. Assim, devem ser interpretadas na busca dos seus fins, adotando-se o critério teleológico ou finalístico, numa interpretação tópico-sistemática. Neste sentido, entende-se que o objetivo fundamental dessas regras centra-se na limitação da propriedade para que esta cumpra a função social, seja ela privada ou pública.

O direito de propriedade deve, também, ser exercido com observância da preservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, de modo que seja preservado para a presente e futuras gerações, dever que é imposto ao titular do direito de propriedade pelo art. 225 da Constituição.

Assim, conclui-se que a função social da propriedade tem íntima relação com o direito à moradia, pois tal princípio somente se torna efetivo quando se pode dar a todas as pessoas, que na cidade habitam, um lugar, uma morada, para com sua família viver dignamente, feliz e em paz. Deste modo, a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do proprietário e passa a ser a função social o detentor da riqueza, pois, a propriedade está intimamente presa a sua função social.

A aplicabilidade do princípio da função social aos bens privados encontra, de longa data, posição consolidada da doutrina, embora aqui tenha se trazido a lume apenas a posição de alguns autores. No que respeita à aplicabilidade deste princípio aos bens públicos, embora sejam poucos e recentes os posicionamentos doutrinários sobre o tema, entende-se que os bens públicos também estão submetidos a este princípio, pois o patrimônio público deve ser destinado a satisfazer o interesse público, em face de que o Poder Público está preso à satisfação do bem comum, sendo este o próprio fim do Estado.

Ainda que o princípio da função social da propriedade pública não esteja muito claro na Constituição, está sintetizado no art. 182, pois essa regra estabelece como objetivo da política de desenvolvimento urbano o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. No mesmo sentido, a Lei Federal nº 10.257/2001 também lhe dá alento ao tratar da função social da cidade, bem como prevê institutos e diretrizes que incidem sobre a própria propriedade pública, como é o caso da concessão de direito real de uso. E, na utilização desses institutos, notadamente no que respeita à regulação do uso de bens públicos por particulares para fins de moradia, deve o Poder Público considerar a realidade do “*déficit* habitacional”, em especial nos centros urbanos.

Neste contexto, não se pode admitir que os bens públicos possam ficar ociosos, ou serem mal utilizados, e, entende-se que o estabelecimento de políticas públicas fundadas na função social da propriedade e da cidade podem, inclusive, recair sobre bens públicos.

Ao disciplinar o uso de bens públicos, portanto, deve a Administração fazê-lo de modo que a comunidade possa deles ter o maior benefício possível, por meio das modalidades de uso que sejam compatíveis com a destinação e a conservação do bem, como consequência da função social que os mesmos desempenham.

As recentes normas editadas têm dado relevância à função social da propriedade pública, com fortes indícios de preponderância deste princípio sobre as demais normas referentes ao regime jurídico dos bens públicos. Em tais normas é evidente o reconhecimento da função social da propriedade pública como princípio concretizador da dignidade da pessoa humana, na medida em que asseguram ao possuidor o direito de permanecer na posse de bem público para nele manter sua moradia. A título de exemplo, registra-se o instituto da legitimação da posse, nos termos previsto pela Lei Federal nº 11.977/2009, que permite a concretização da regularização fundiária de interesse social, como importante meio protetivo do direito constitucional à moradia para a população de baixa renda, que não teve acesso ao mercado habitacional formal.

Assim, entende-se que, pelo patrimônio público estar afetado ao cumprimento do interesse público, do alcance do bem comum, cabe ao Poder Público a correta gestão desse patrimônio, de modo a disciplinar seu adequado uso e de exercer o seu papel de fiscal dessa utilização, de tal sorte que, efetivamente, sirvam os bens de uso comum, de uso especial ou dominiais aos fins públicos aos quais se encontram vinculados.

A administração desses bens está vinculada ao atendimento dos preceitos constitucionais, devendo, portanto, o Poder Público, observar os princípios constitucionais informadores do direito de propriedade, notadamente o da função social da propriedade, pois, por uma questão de justiça e de dever de bem administrar o que é público, não se entende admissível que bens públicos possam estar ociosos ou serem irregularmente ocupados, desatendendo, assim, a finalidade social que lhes é inerente.

Essa obrigação decorre, inclusive, do regime jurídico dos bens públicos, que lhes confere os atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Em decorrência desses atributos, os bens públicos de uso especial ou comum somente podem ser alienados se desafetados do fim a que se destinam. No caso desses bens não serem adequadamente utilizados a seus fins, não é justo que o Poder Público mantenha um patrimônio ocioso, com custos de manutenção pagos pela sociedade, em detrimento do

atendimento de necessidades desta mesma coletividade, ou de parte dela, especialmente quando poderia destiná-los para o atendimento do direito fundamental à moradia.

Os bens dominicais podem ser alienados por meio de institutos de direito privado ou de direito público. Desta forma, a Administração Pública, valendo-se dos institutos jurídicos apropriados, poderá alienar bens dominicais para particulares com o objetivo de dar efetividade ao direito fundamental à moradia. Da mesma forma, poderá proceder em relação aos bens de uso especial ou de uso comum, após regular desafetação dos mesmos.

A utilização de bens públicos imóveis de uso comum ou especial por particulares, para fins de moradia, sem expressa desafetação do bem e sem qualquer instrumento emanado da Administração Pública que outorgue o direito ao uso destes pelo particular é bastante comum. Entende-se, entretanto, que nesta situação há necessidade urgente de ação do Poder Público para a regularização da situação, mediante edição de lei para desafetar o bem e proceder à legalização da posse, inclusive por meio da transferência definitiva da propriedade, conforme o caso.

Deste modo, a obrigatoriedade de bem administrar os bens públicos impõe aos agentes públicos – no caso de uso irregular dos mesmos por particulares para qualquer fim, inclusive para fins de moradia – a obrigação de não permitir a manutenção dessa situação de ilegalidade. Ao contrário, tem o dever de regularizar tais situações, seja pela utilização adequada dos institutos jurídicos de outorga de uso, seja pela alienação dos mesmos nas formas permitidas em lei, ou, até, por meio da retomada do bem. Deve sua decisão ser norteada pelos princípios constitucionais que informam o atuar administrativo, assim como pelo dever de, em relação à propriedade pública, observar, também, a sua função social.

Esta obrigação do Poder Público decorre, inclusive, da atribuição que lhe é conferida pela Constituição para dar efetividade aos direitos fundamentais, em especial o da moradia, bem como estabelecer políticas públicas, visando diminuir os problemas oriundos das ocupações irregulares, em especial os referentes à ausência ou precariedade das infraestruturas de serviços básicos de luz, saneamento, saúde, educação e transportes.

A escolha entre uma e outra forma de solucionar o problema, ou do instituto adequado não é tarefa simples. Contudo, a situação de irregularidade não pode permanecer em face da obrigatoriedade de uma boa gestão e, também, pelo respeito aos atributos que a Constituição e a legislação infraconstitucional conferem aos bens públicos. Inclusive, em alguns casos, deverá transferir para outro local os ocupantes de áreas de risco, de interesse da segurança nacional ou de preservação ambiental, mas essa é uma alternativa excepcional, pois

da legislação sobre a matéria é possível inferir que deve ser dada prioridade à regularização dos assentamentos, evitando-se a transferência das populações.

A escolha do instituto jurídico de alienação ou de outorga do uso mais adequado pressupõe a análise das diversas peculiaridades da situação de irregularidade encontrada, como condições da posse e da propriedade, em áreas rurais ou urbanas, bem como da infringência da legislação aplicável às questões urbanísticas e ao uso de bens públicos, mediante o devido procedimento administrativo de regularização fundiária, de modo que altere a situação de irregularidade na utilização dos bens em situação de legitimidade da posse ou da propriedade, com observância do devido processo legal. A regularização, como referido, pode dar-se tanto pela alienação quanto pela outorga do uso.

A alienação é o modo pelo qual o Poder Público transfere a propriedade de seus bens, podendo ocorrer de várias formas, desde que protegido o interesse público e atendidos os requisitos da Lei Federal nº 8.666/1993 que, em se tratando de bens imóveis, são: interesse público, autorização legislativa, avaliação prévia e licitação, dispensada esta somente nas hipóteses do inciso I do art. 17 da referida lei.

Dentre os institutos jurídicos aplicáveis para a alienação de bens públicos, podem ser utilizados, para garantir o direito fundamental à moradia, a venda, a doação e a legitimação da posse. E, destes, o que tem causado maior discussão atualmente é o da legitimação da posse, instituto que nasceu como forma de transferência de domínio, embora tenha sido denominado de legitimação da posse, pois transforma uma relação de fato [a posse] em uma relação de direito [o domínio], conforme registrado no entendimento doutrinário.

Reconhece-se que é evidente, nas normas que o regulamentam, a relevância social dada à propriedade pública, porquanto reconhecem a função social da propriedade pública como princípio concretizador da dignidade da pessoa humana, na medida em que asseguram ao possuidor o direito de permanecer na posse de bem público para nele manter sua moradia. Tais normas reforçam o entendimento no sentido de que a Administração Pública deve, no exercício de sua função de guardião da Constituição, observar esses princípios constitucionais [da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana] assim como deve dar efetividade ao direito constitucional fundamental à moradia.

Contudo, para utilizar-se do instituto, deve a Administração regrá-lo adequadamente, pois a legitimação da posse é modo excepcional de transferência de domínio de terra devoluta ou área pública sem utilização, devendo ser feita na forma da legislação pertinente tanto no âmbito da União quanto do Distrito Federal, dos estados e dos municípios. Deste modo se

conclui porque não há usucapião de bens públicos como direito dos posseiros, mas, contudo, há o reconhecimento do Poder Público em legitimar determinadas ocupações.

A utilização dos bens públicos imóveis, ao seu turno, é norteada pela natureza funcional do vínculo mantido entre o Poder Público e os mesmos, ou seja, devem ser utilizados para a satisfação das necessidades coletivas acometidas ao Estado, em conformidade com suas peculiaridades. Contudo, podem os mesmos ser utilizados por particulares, desde que este uso seja compatível com o interesse público, desde que consentido pela Administração, de forma precária ou não, podendo ser gratuito ou oneroso, com observância das condições estabelecidas na legislação, levando-se em conta o interesse público e a sua supremacia, inclusive no que respeita à escolha dos institutos adequados.

Destaca-se que, relativamente aos bens públicos, a Constituição confirma a inteligência de que tais bens não são passíveis de serem usucapidos e, ao mesmo tempo, reconhece a proteção do direito à concessão de uso, sendo que, dentre os institutos jurídicos aplicáveis para a outorga do uso de bens públicos, para fins de moradia, o uso pode ser consentido por meio da concessão de direito real de uso, da concessão de uso especial para fins de moradia, aforamento ou enfiteuse e cessão de uso.

Dentre esses institutos, a concessão de uso especial para fins de moradia tem suscitado divergência de interpretação doutrinária no que diz respeito à existência, ou não, do reconhecimento jurídico do direito subjetivo do ocupante à regularização. Sobre a questão se adota a posição que entende não ser da competência da União impor aos estados e municípios essa obrigatoriedade, pois cada ente federado tem competência para regradar sobre o uso de seus bens. Além disso, se a Constituição possibilita a outorga, tanto do título de domínio quanto da concessão de uso, é porque facultou a adoção de uma ou outra possibilidade à decisão do órgão titular do bem.

Conclui-se, ainda, que o Poder Público deve sempre buscar compatibilizar os princípios e normas que envolvem o assunto para encontrar uma solução conforme com a Constituição. Assim, defende-se a necessidade de o Poder Público, ao realizar a análise da situação local, mediante o necessário procedimento administrativo, adotar a decisão mais consentânea com a ordem jurídica e regular, por lei, as medidas que pretenda adotar, nestas incluída a desafetação de determinados bens, se for necessário, para concretizar o direito à moradia. Desta forma, evitará o ajuizamento de ações por parte dos órgãos de defesa do patrimônio público, como é o caso do Ministério Público, pois não dará margem a ocorrência de conflitos legais, ou, ao menos, os minimizará.

Assim, no que respeita à concretização do direito fundamental à moradia, seja por meio da alienação ou do uso de bens públicos, deve o Poder Executivo de cada esfera de governo estabelecer políticas públicas consentâneas com o sistema normativo brasileiro e com a sua respectiva realidade.

É relevante, portanto, que a Administração, em cada esfera governamental, realize o diagnóstico da situação referente aos seus imóveis, assim como dos particulares, para detectar as áreas irregularmente ocupadas e a população atingida, estabelecendo, no plano diretor, as áreas onde são passíveis de serem aplicados os institutos da concessão de direito de uso para fins de moradia, da concessão de direito real de uso e da usucapião, assim como onde devem ser instituídas as zonas especiais de interesse social, para fins de estabelecer sua política de regularização fundiária, que deve constar como uma das metas e prioridades da política urbana municipal.

Realizado o diagnóstico da realidade local, deve o Poder Público, distrital, estadual ou municipal, editar lei para a utilização dos institutos adequados para a alienação ou outorga do uso em relação aos bens de sua propriedade, devendo, se necessário, promover a desafetação dos bens para que possa regularizar a situação. Do mesmo modo, deve proporcionar assistência técnica e jurídica para a população de baixa renda, a fim de que a mesma possa regularizar sua posse e, portanto, legalizar sua moradia.

Assim agindo, estará respeitando os princípios norteadores da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição, notadamente o da legalidade, pois o uso de bens públicos deve ser regido por lei editada pelo titular do bem, assim como estará atendendo ao princípio da função social da propriedade pública ao dar efetividade ao direito à moradia.

Por certo, há que ter presente, também, a ponderação para tomar a decisão mais consentânea com a ordem jurídica, de modo a proteger o bem jurídico que deve ser preservado: a moradia como garantidora da dignidade da pessoa humana, bem mais elevado e fundamental.