



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O uso do bem público como instrumento de efetivação do direito fundamental à moradia

Thiago Cotta Paz

Rio de Janeiro

2016

THIAGO COTTA PAZ

O uso do bem público como instrumento de efetivação do direito fundamental à moradia

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora Orientadora: Maria Carolina Amorim

Rio de Janeiro

2016

## O USO DO BEM PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Thiago Cotta Paz

Graduado pela faculdade de Direito da  
Universidade Cândido Mendes – Centro.  
Pós-graduado em Direito Público pela  
UCAM. Pós graduando em Direito  
Processual Civil pela PUC-RJ;  
Advogado.

**Resumo:** A efetivação do direito constitucional, humano e fundamental à moradia é um dos escopos do Estado, por imposição constitucional, e demanda forte atuação dos três poderes da República Federativa Brasileira – Executivo, Legislativo e Judiciário. A essência da pesquisa está na análise de dois importantes institutos de Direito Administrativo, quais sejam: concessão real de uso pra fins de moradia e concessão de uso especial para fins de moradia, instrumentos que objetivam garantir a posse de bem público para fins de moradia à população hipossuficiente financeiramente, frente à imprescritibilidade dos bens públicos.

**Palavras-chave:** Bens públicos. Direito à moradia. Concessão real de uso pra fins de moradia. Concessão de uso especial para fins de moradia.

**Sumário:** Introdução. 1. Constitucionalismo e Direitos Fundamentais. 2. Direito à moradia. 3. Bens Públicos. 3.1. Concessão de direito real de uso. 3.2. Concessão de uso especial pra fins de moradia. 3.3. Análise comparativa. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Muito embora o Estado brasileiro figure entre as maiores potências econômicas mundiais, milhares de famílias tupiniquins não têm capacidade de obter suas próprias moradias por meios próprios, em razão de acentuada desigualdade social.

Dessa forma, pelo fato da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter assegurado a todos o direito à moradia, impondo à Administração Pública sua efetivação, debruçaram-se as Casas Legislativas brasileiras na produção de normativa capaz de consubstanciar os ditames constitucionais.

Esta atuação da Administração Pública deveu-se, especialmente, em razão de movimento trazido ao direito brasileiro na década de 90 e denominado constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo, o qual inaugura nova visão quanto à eficácia das normas constitucionais e eleva o valor dignidade da pessoa humana ao núcleo essencial de todo ordenamento jurídico.

A título exemplificativo, podemos citar a Medida provisória 2.220 de 4 de setembro de 2001 que, no que toca os bens públicos federais, assegurou a concessão especial de uso para fins de moradia, legitimando a posse aos milhares de brasileiros que ocupam terras públicas federais para suas moradas. Na mesma linha, a licença de ocupação – Lei 6.383/76, muito embora tenha sido criada na vigência da Constituição de 1967, por não haver qualquer previsão que impeça a legitimação da posse na atual ordem constitucional, foi recepcionada pela CRFB de 1988 e encontra-se em plena vigência.

Na seara estadual – no âmbito do Rio de Janeiro, a regularização fundiária e legitimação da posse foram reservadas à Lei Complementar 131 de 2009, que tratou de diversos institutos capazes de garantir segurança jurídica àquelas situações precárias de ocupação irregular e efetivar o direito à moradia, dentre os quais: a concessão real de uso; a concessão especial de uso para fins de moradia, o direito a superfície; venda e doação de bens públicos estaduais.

Porém, registre-se que não basta a atuação do Poder Legislativo, porque incapaz de sanar as mazelas sociais, por si só. Questão social dessa magnitude demanda atuação conjunta dos três poderes da República que, para alcançarem solução satisfatória, precisam conhecer

bem os institutos desenvolvidos com o intuito de bem aplicá-los para garantir a dignidade do seu povo.

## 1. CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo moderno, movimento que objetivava a limitação do poder estatal e o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, apresentando nova organização do Estado sem precedentes; surge com as revoluções burguesas, especialmente a Gloriosa ocorrida na Inglaterra no séc. XVII; seguida da Francesa e Norte-Americana, as quais eclodiram cerca de 100 anos mais tarde na França e Estados Unidos, no séc. XVIII.

Essas revoluções conseguiram derrubar o Absolutismo e, com isso, introduziram a ideia de constitucionalismo, cujo aspecto nuclear é o Estado de Direito, que pode ser de forma simplória ilustrado pela expressão do direito inglês *the rule of law, not the rule of men*. Isso traduz a noção de que a atuação dos agentes públicos deve ser pautada não por suas vontades arbitrárias, mas sim pela vontade do povo.

Em virtude da superação de um modelo de Estado em que o monarca possuía poderes absolutos e não raro os manipulava para suprimir propriedades, liberdades ou mesmo a vida de seus súditos, o ordenamento jurídico, principalmente o direito constitucional, por meio de uma constituição, deve limitar os poderes do Estado em determinadas esferas, bem como servir de instrumento de proteção das liberdades individuais.

Assim, a partir de ideias esboçadas por filósofos como John Locke, mas cuja formulação definitiva e clássica foi dada por Montesquieu, institui-se o primeiro mecanismo do constitucionalismo liberal, qual seja, a Separação de Poderes, que pode ser entendida por fracionamento das funções do Estado em órgãos públicos, distintos e independentes – Montesquieu; e, pelo sistema de freios e contrapesos – James Madison.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 25 mai 2016.

Montesquieu, quando escreve sobre a Separação de Poderes, parte de uma premissa de pessimismo antropológico e utiliza como norte conceito liberal sobre o ser humano, um conceito extremamente pessimista sobre as virtudes do homem ao afirmar que o único mecanismo efetivo para se limitar o poder do Estado seria atribuir igual poder a órgãos distintos, visto que somente por meio do fracionamento das funções do Estado em órgãos públicos distintos e independentes, seria possível efetivamente que o governo não agisse arbitrariamente e, portanto, respeitasse os Direitos Fundamentais. Para John Locke, o poder de fazer as leis não pode estar nas mesmas mãos de quem as aplica, pois senão o tornaria tirano absoluto.<sup>2</sup>

James Madison trouxe adendo à tese de Montesquieu de Separação de Poderes, que é a ideia de freios e contrapesos ou *checks and balances*. Para o pensador, é importante separar as funções estatais em órgãos diferentes, mas, não basta esse fracionamento, pois é fundamental ainda que um poder controle o outro. Daí, ele cria o sistema de freios e contrapesos, que nada mais é do que um mecanismo de controle recíproco, sendo o objetivo o mesmo evitar a concentração abusiva de poderes, que tende a ser lesiva aos direitos fundamentais. A partir dessa construção, não há mais que se pensar em insidicabilidade de quaisquer dos três poderes.<sup>3</sup>

O segundo instrumento típico do constitucionalismo liberal para obter o fim limitação do poder do Estado, são exatamente os Direitos Fundamentais, aqueles possuem natureza de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado e, à época, chamados de direitos de primeira geração. Trata-se de garantia mediante a qual o indivíduo pode exigir do estado prestações negativas, ou seja, abstenções. As principais manifestações são a de liberdade de ir e vir, de religião, de expressão; todavia, também são considerados direitos de 1ª geração o direito de propriedade, direito à vida, à integridade física e à igualdade formal.

Note-se que essa estrutura composta pela Separação de Poderes e Direitos Fundamentais tem, no constitucionalismo liberal, o mesmo objetivo: limitar o poder do Estado para a proteção do indivíduo, ou seja, combater aquele modelo institucional do Estado absolutista, em que um órgão reunia todos os poderes políticos relevantes e podia, assim, malferir os direitos fundamentais.

---

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota*. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

<sup>3</sup> COSTA Alexandre Araújo. *O Federalista - Uma resenha*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/teoria-politica-moderna/federalista/o-federalista-uma-resenha>>. Acesso em 25 mai 2016.

Outra concepção que pode ser resgatada no constitucionalismo liberal é a de Democracia. É importante perceber que constitucionalismo e democracia não são sinônimos, podendo, em alguns casos, inclusive entrar em rota de colisão.

O Constitucionalismo visa responder às seguintes perguntas: até que ponto o Governo pode interferir em nossas vidas? Qual o limite legítimo da interferência estatal na vida dos indivíduos? Portanto, o constitucionalismo tem por escopo impor limites à atuação do Governo, com a garantia da liberdade de expressão em que o Governo não pode calar o povo ainda que este expresse opinião contrária a ele, por exemplo. O constitucionalismo tem por escopo definir uma esfera de atuação em que o indivíduo deve atuar de acordo com sua autonomia, ou seja, uma esfera de decisão onde deve prevalecer a atuação do indivíduo de acordo com suas escolhas, sua consciência (eu escolho minha religião, minha opinião e minha moradia).

A Democracia, a seu turno, significa uma resposta não à pergunta de quais os limites da atuação do Estado, mas sim qual é a origem legítima da atuação do Estado, qual é a fonte de legitimidade da atuação estatal, em especial, a coercitiva, que constrange a vontade do particular? A resposta dada pela democracia é a vontade do povo, porque todo poder emana do povo<sup>4</sup> e, portanto, a vontade popular é a fonte de legitimidade da atuação de qualquer governo democrático.

## 2. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

O direito à moradia enquadra-se no rol dos denominados direitos prestacionais, aqueles que resultam da concepção social do Estado e estão em sua maioria enumerados exemplificativamente no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>5</sup>.

E como bem nos ensina o ilustre professor José Afonso da Silva, direitos sociais são “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, ou tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais”.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º, Parágrafo único. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.285.

Os direitos à prestação material, portanto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades e são realizados de acordo com as possibilidades do momento, em razão das conjunturas econômicas estatais e da riqueza nacional na forma prevista pelo legislador infraconstitucional.<sup>6</sup>

Tendo em vista a escassez dos recursos públicos que gera a observância do princípio da reserva do possível pelos gestores públicos, a atuação dos legisladores na concretização dos direitos sociais deve ser pautada por extrema sensibilidade, isso porque a efetivação de um direito prestacional importa necessariamente no privilégio de um bem jurídico sobre outro, privilegiando-o com prioridade sobre demais necessidades. A ponderação com outros direitos fundamentais faz-se necessária, visto que nenhum direito por mais relevante que seja é absoluto.

A efetivação do direito fundamental à moradia, assim como dos demais direitos da segunda geração, ou prestacionais materiais, depende da atuação dos representantes do povo, já que acertadamente, foi deixada no regime democrático, como ilustrado nas sábias palavras do professor português Vieira de Andrade:

Para que se determinem como direitos, é necessária uma atuação legislativa, que defina o seu conteúdo concreto, fazendo uma opção num quadro de prioridades a que obriguem a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, o próprio princípio democrático. Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, nesse sentido, aplicáveis imediatamente, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos<sup>7</sup>.

O direito à moradia, apesar de previsto na legislação civil há tempos, somente alcançou *status* de direito fundamental social em 2001, por meio da Emenda Constitucional de nº 26, que o incluiu no rol do mencionado art. 6º da CRFB|1988. Essa *super* valorização adveio da preocupação com políticas públicas sociais a partir da elevação da dignidade da pessoa humana ao epicentro do ordenamento jurídico pátrio.

Em paralelo, a nível internacional, na década de 70, a moradia foi objeto de debates na primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – 1976, em Vancouver, no Canadá, dando origem à Agenda Habitat I. Numa segunda Conferência,

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.163.

<sup>7</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina. 1987. In. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.164.



envolvendo a mesma temática nasceu a Declaração de Istambul ou Agenda de Habitat II, duas décadas mais tarde<sup>8</sup>, o que certamente também levou o constituinte brasileiro a considerar a necessidade de se conferir à moradia, *status* de direito fundamental, previsto expressamente na nossa Carta Magna.

### 3. BENS PÚBLICOS

Bens públicos são aqueles integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno e estão elencados no art. 98 do Código Civil de 2002<sup>9</sup>. O critério de definição do que é ou não um bem público é a titularidade: a regra geral é que são bens públicos aqueles integrantes do patrimônio de Pessoa Jurídica de direito público.

Em contrapartida, bens pertencentes às empresas estatais, em regra, são privados. Mas e os bens das estatais prestadoras de serviços públicos? Neste caso, prevalece o entendimento na doutrina e no âmbito do Supremo Tribunal Federal de que se trata de bens privados, mas que por sua vinculação à prestação de serviços públicos, sofrem algumas limitações, incidências típicas do regime de direito público. Por isso, comumente, encontramos expressões do tipo bens materialmente públicos ou bens quase públicos.

Quanto à titularidade, bens públicos podem ser federais – art. 20, CF<sup>10</sup>; estaduais – art. 26, CF<sup>11</sup>; municipais e distritais. Nota-se que não há dispositivo constitucional especificando

---

<sup>8</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia e a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. P.38.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 20. São bens da União: I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. § 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás

bens municipais, o que não importa na ausência de patrimônio municipal, visto que ruas, praças, edifícios públicos, por exemplo são bens de titularidade dos municípios. Quanto aos bens distritais, em razão da natureza peculiar do Distrito Federal, são aqueles bens de titularidade estadual e distrital.

Enquadram-se também como bens públicos, aqueles de titularidade das pessoas interfederativas, modalidade que se extrai dos consórcios públicos, regidos pela lei 11.107/2005<sup>12</sup>.

Quanto à afetação, os bens públicos podem ser subdivididos em de uso comum, de uso especial e dominiais ou dominicais.

Bens públicos de uso comum são aqueles franqueados à universalidade dos administrados, ou seja, destinados à utilização geral pelos indivíduos (art. 99, I, CC<sup>13</sup>). Isso não impede, no entanto, que o Poder Público regulamente e estabeleça algumas restrições a essa utilização (*e.g.* quadra esportiva que fecha à noite, que exige determinados requisitos para sua utilização pelos administrados).

O art. 103, CC<sup>14</sup> admite inclusive que se cobre pela utilização dos bens de uso comum, o que é bastante polemizado doutrinariamente. Portanto, a característica central dos bens de uso comum é a possibilidade de sua utilização em igualdade de condições a todos os administrados, ainda que, em determinadas circunstâncias uma típica manifestação de gestão administrativa possa trazer alguma forma de restrição.

---

natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. § 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

<sup>12</sup> Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

Já os bens de uso especial, estão previstos no art. 99, II, CC<sup>15</sup> e são aqueles bens especialmente afetados à prestação de serviços públicos ou à realização de serviços administrativos por parte dos entes públicos. São aqueles bens utilizados essencialmente por entes públicos, o que não quer dizer que os indivíduos não possam utilizá-los nas formas previstas em lei e nas condições previamente fixadas pela Administração (*e.g.* o ingresso de particulares num prédio público é regulado mediante atos normativos internos dos órgãos titulares daquele bem, tal como ocorre nos prédios do TJRJ, PGE e PGM, estabelecendo-se horários de funcionamento, condições de ingresso).

Bens dominicais, por sua vez, são aqueles bens que não estão afetados à finalidade pública específica, que não têm utilização vinculada ao interesse público – art. 99, III, CC<sup>16</sup>. São também chamados de bens desafetados, porque não atrelados diretamente a um interesse público em dado momento. Nesse caso, o bem dominical pode ser utilizado pelo ente público para a obtenção de renda, ou seja, na medida em que desafetado do interesse público, pode ser utilizado pelo Poder Público para, por exemplo, formação de caixa (*e.g.* aliena-se bens dominicais, tal como o Estado do RJ fez com alguns bens públicos ligados à autarquia previdenciária estadual).

Por fim, temos a classificação quanto à disponibilidade do bem, ou seja, quanto à possibilidade de o Estado poder alienar ou não o bem público, seja qual for a finalidade disso, desde que ela seja compatível com os limites do ordenamento: bens públicos afetados e desafetados.

Afetação é o fato administrativo por meio do qual determinado bem se vincula à finalidade pública, ou seja, passa a ser utilizado para a realização do interesse público, o que gera sua absoluta indisponibilidade. Ao passo que de maneira diametralmente oposta, desafetação é o fato administrativo que retira do bem público a sua vinculação à finalidade pública, ao interesse público, ou seja, é o primeiro passo à alienação.

#### 4. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 99, II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art.99, III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

O instituto da concessão de direito real de uso está previsto, em âmbito federal, no art.7º e parágrafos do antigo Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967 e pode ser entendido como um dos meios aptos a conferir uso privativo de bens públicos aos particulares de forma lícita.

Em sua original redação, o dispositivo em comento era mais sucinto no que toca as hipóteses de manejo de tal instrumento normativo, prevendo que a concessão de uso seria instituída em terrenos públicos ou privados, de forma onerosa ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel e para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

Todavia, em 2007, 40 anos após sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, houve significativa alteração em sua redação, de forma a ampliar o rol de situações em que será possível o uso da concessão de direito real de uso, passando a estar previsto da seguinte maneira:

Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).

A concessão de direito real de uso, portanto, consiste em um contrato administrativo celebrado entre particular e ente federativo titular da propriedade concedida, que envolve um direito real de natureza resolúvel, estabelecido para o atendimento de fins específicos, quais sejam: de regularização fundiária de interesse social; de urbanização; de industrialização; edificação; cultivo; de terra; aproveitamento sustentável das várzeas; preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Quando se diz que a concessão de direito real de uso viabiliza a instituição de um direito real resolúvel sobre bem público, está se querendo dizer que a manutenção do direito real de uso está diretamente vinculada ao cumprimento daquelas finalidades previstas em lei ou no instrumento. Assim, conclui-se que o não atendimento de tais finalidades implicaria em nulidade da concessão e, conseqüentemente, sua extinção, posto que haveria subversão da

finalidade específica, tecnicamente denominada pela doutrina administrativista de desvio de finalidade<sup>17</sup>.

Ademais, pela sua natureza, a concessão de direito real de uso é verdadeiro instrumento de políticas públicas de planejamento urbano, como previsto na alínea “g” do inciso V, do artigo 5º do Estatuto da Cidade – L. 10.257/01, sendo fundamental para regularização fundiária de assentamentos irregulares, de modo a efetivar o direito humano assegurado em nossa Carta Magna e ordenar o pleno atendimento das funções sociais da cidade.<sup>18</sup>

Corroborando com a vantajosidade alcançada pelo Poder concedente ao se valer da concessão real de uso como instrumento de regularização fundiária, nos ensina o ilustre prof. José dos Santos Carvalho Filho:

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada, às vezes, sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.<sup>19</sup>

Por fim, uma ressalva a se fazer é quanto ao prazo da concessão de direito real de uso: ele não está submetido às limitações previstas no art. 57, L. 8666<sup>20</sup>. Isso porque a regra de vinculação do prazo à vigência dos respectivos créditos orçamentários tem uma ligação com a

---

<sup>17</sup> Registre-se que o “desvio de finalidade” consiste em vício ensejador de nulidade do ato administrativo. Seu conceito está descrito na alínea “e” do parágrafo único do art. 2º da lei de Ação Popular – L. 4717/65: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

<sup>18</sup> MUKAI, Sylvio Toshiro. *Concessão de direito real de uso: estudo de caso*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA, Belo Horizonte, ano 10, n. 60, p.84-87, 2001.

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 73.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato. V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).

disponibilidade de recursos para o custeio do contrato administrativo. E, no caso da concessão de uso, sua lógica não importa no dispêndio de recursos públicos pelo Estado.

## 5. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

Trata-se de terceira modalidade de concessão de uso ao lado da concessão comum e concessão de direito real de uso, e está prevista de forma genérica, no art. 1º, MP 2220<sup>21</sup>.

Primeiramente, vale a ressalva de que o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia apresenta relevantíssimo aspecto temporal, ao dispor que aquele que até 30/07/2001 possuía como seu, por 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup>, utilizando-o para fins de moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia.

Isso significa que, diferentemente da concessão real de uso, preenchidos os requisitos elencados acima, essa concessão deverá ser concedida. Trata-se, portanto, de um ato de natureza vinculada, porquanto, a lei, como se pode ver, subtraiu do administrador qualquer margem de liberdade quando este se deparar com o cumprimento dos requisitos pelo particular. Note-se, entretanto, que se exige a demonstração do preenchimento desses requisitos para ter o direito adquirido, não bastando mera alegação.

Ainda, o dispositivo faz a ressalva de que o beneficiário não poderá ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural, pois se assim não o fosse, a lógica criadora de tal instrumento estaria desconfigurada. Ora, se a concessão de uso especial para fins de moradia exsurtiu para efetivação do direito fundamental à moradia, legitimando posses prolongadas em demasia, diante da imprescritibilidade de bens públicos, não faria qualquer sentido autorizar que seu beneficiário, fosse proprietário de outros bens imóveis ou titular de outras concessões de bens imóveis públicos.

---

<sup>21</sup> Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.

Há expressa previsão em seu art. 1º, § 3º<sup>22</sup> de transferência dessa concessão por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, desde que o herdeiro legítimo do titular da concessão resida no bem concedido quando da abertura da sucessão e atenda ao requisito trazido no parágrafo anterior.

No art. 8º, da MP 2220<sup>23</sup> estão elencadas as hipóteses de extinção, dentre elas duas merecem atenção especial: i. destinação diversa para a qual a concessão foi outorgada – para fins de moradia do concessionário ou de sua família; ii. aquisição de outro imóvel por parte do concessionário – caso adquira outro imóvel, perderá a concessão, que tem uma finalidade social bastante presente.

Uma consideração que muitos doutrinadores trazem é que as características dessa modalidade de concessão são um tanto quanto parecidas com as da usucapião especial do art. 183, CR<sup>24</sup>. Na verdade, esse é um tratamento legislativo estabelecido em razão da proibição constitucional de usucapião de bens públicos: como não se pode ter a aquisição originária de bens públicos, cria-se um instrumento que transfere a posse de bem público para o particular que atinja os requisitos do art. 1º, MP 2220. São institutos semelhantes, sendo que um envolve a posse e o outro a propriedade.

Outra peculiaridade dessa concessão de uso, prevista na Medida Provisória que a regulamenta, está na possibilidade de que ela seja outorgada de forma coletiva, ou seja, que seja outorgada para uma coletividade, desde que cumpridos os requisitos trazidos no art. 2º, MP 2.220<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Art 1º, § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

<sup>23</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Art. 8º O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de: I - o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; ou II - o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do Poder Público concedente.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

<sup>25</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente

Esses requisitos são semelhantes àqueles do art. 1º, MP 2220, porém com suas peculiaridades. Aqui se está diante de uma concessão outorgada a uma coletividade, de certa forma, indefinida que tenha a posse de imóvel público de extensão superior a 250 m<sup>2</sup>, de forma ininterrupta e sem oposição, para fins de moradia, com a ressalva de que não poderão ser beneficiados por essa concessão aqueles que forem proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Então, está-se diante de uma concessão de uso para fins de moradia de natureza coletiva.

Mais uma vez, nesse instituto, temos uma aproximação com a usucapião. No caso, com a usucapião coletiva, prevista no art. 10, L. 10.257<sup>26</sup> – Estatuto da Cidade. Logo, novamente, diante da impossibilidade de usucapião de bens públicos, o ordenamento jurídico trouxe, vinculado às finalidades sociais específicas, um instituto com vistas à regularização de ocupações irregulares de bens públicos, semelhante à usucapião, porém, relacionado à posse, para fins de moradia de imóvel público.

## CONCLUSÃO

Diante da literal previsão de imprescritibilidade de bens públicos estampada no parágrafo 3º do artigo 18, bem como no parágrafo único do art. 191 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, coube ao constituinte derivado a tarefa de criar mecanismos de legitimação da posse àqueles financeiramente hipossuficientes que habitavam terras públicas, de modo a garantir direito social, universal e fundamental à moradia – art. 6º, CRFB|1988. Daí exsurge no ordenamento jurídico os institutos da concessão de direito real de uso e da concessão especial para fins de moradia.

Da análise dos supramencionados mecanismos legitimadores da posse de bens públicos, capazes de conferir segurança jurídica e fomentar a efetivação do direito fundamental à moradia, nota-se que, apesar de muito semelhantes, o que nos leva a pensar em

---

da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 3º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.



um primeiro momento que são idênticos, essas ferramentas jurídicas do direito administrativo criadas pelo legislador derivado se diferenciam em um ponto essencial, tanto para Administração, quanto para os particulares, qual seja, a discricionariedade e vinculação conferidas ao administrador público para sua concessão.

Enquanto na concessão de direito real de uso para fins moradia há margem de escolha do administrador quanto à celebração ou não de tal contrato, mesmo diante do cumprimento pelo particular dos requisitos impostos pela lei; na concessão de uso especial para fins de moradia, essa discricionariedade é reduzida a zero, o que significa que, atendido o rol de exigências trazidas pela MP 2.220 pelo administrado, sua posse, até então precária, se legítima, não mais restando opção à Administração, senão conferir-lhe o direito à concessão, garantindo, portanto, seu direito à digna moradia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina. 1987. In. Curso de Direito Constitucional, cit., p.164.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm)>. Acesso em: 10 jan 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm#art2045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045)>. Acesso em: 10 jan 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 11.481, de 31 de maio de 2007. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm)>. Acesso em: 10 jan 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA Alexandre Araújo. *O Federalista - Uma resenha*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/teoria-politica-moderna/federalista/o-federalista-uma-resenha>>. Acesso em 25 mai 2016.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 25 mai 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014.

FERRIANI, Adriano. *Brevíssimas considerações sobre a concessão especial para fins de moradia*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI147158,31047-Brevissimas+consideracoes+sobre+a+concessao+especial+para+fins+de>>. Acesso em: 10 jan 2016.

INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia e a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota*. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MUKAI, Sylvio Toshiro. *Concessão de direito real de uso: estudo de caso*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA, Belo Horizonte, ano 10, n. 60, p.84-87, 2001.

NETO; Floriano de Azevedo Marques. *Bens Públicos – função social e exploração econômica*. Rio de Janeiro: Forum, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, Leonardo da Silva Carneiro. *A constitucionalidade do aspecto temporal na regulamentação da concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3716, 3 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25213>>. Acesso em: 10 jan 2016.