

INTRODUÇÃO

O crescimento urbano é influenciado por diversos fatores que pertencem à vida urbana, dessa maneira, o Estado passa a ser responsável pela gestão da ocupação do solo e, deve atuar de forma a diminuir a desigualdade e promover uma melhor distribuição deste espaço.

Para que ocorra uma correta estruturação urbana é preciso que sejam observados dois fatores principais: a propriedade e o uso do solo evitando uma influência negativa do mercado financeiro no planejamento urbano, uma vez que os empreendimentos são tidos como uma forma de investimento de capitais. Um planejamento adequado deve ponderar os interesses do mercado e, principalmente, a relação entre os princípios da equidade e da igualdade, pois a cidade deve ser vista como espaço para todos.

A política urbana brasileira está positivada na Constituição Federal e tem como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, conforme o exposto no artigo 182. Ao Estado, que atua como agente regulador da atividade econômica, cabem as tarefas de fiscalização, promoção e planejamento.

O planejamento por ter caráter constitucional não é mera vontade do administrador e sim uma obrigação. O processo de planejamento se torna um mecanismo jurídico em que o administrador exerce suas funções buscando que mudanças necessárias sejam implementadas para que o desenvolvimento econômico e social seja alcançado.

O Estado deve agir por meio do planejamento e da administração da cidade com vistas à promoção da política urbana e nela devendo desenvolver ações que busquem a promoção da função social da propriedade e o bem-estar de seus habitantes.

O regime jurídico do planejamento urbanístico é composto pelo planejamento e a pela gestão urbana. Aquele quando possui caráter de ação da administração pública e é traduzido em Lei transforma-se nos planos urbanísticos, que são executados pela Administração Municipal, responsável pelo gerenciamento de situações a eles conexas.

A forma federativa de Estado é o modelo adotado pelo Brasil e por isso os entes federativos possuem gestão descentralizada, e todos têm participação no desenvolvimento do planejamento e na gestão administrativa e urbana.

A Constituição de 1988 dotou os Municípios de uma função de execução da Política de Desenvolvimento Urbano como previsto no artigo 182, § 5º, regulamentado pela Lei 10.257, de 2001, o Estatuto da Cidade. O mecanismo de promoção desta Política passou a ser o Plano Diretor, que possui caráter obrigatório para as cidades com mais de 20 mil moradores. Seu conteúdo se relaciona diretamente com as temáticas que envolvem o solo e o planejamento urbano, em uma demonstração de que as Administrações Municipais têm responsabilidades mais claras no contexto do urbanismo, entre elas, o de serem os entes executores da política de desenvolvimento urbano.

A política urbana no Brasil apesar da evolução normativa não é ainda desenvolvida de forma plena. A Administração não consegue resolver a questão do déficit populacional, o que favorece o surgimento dos loteamentos irregulares, ou seja, formas irregulares do processo de reprodução e urbanização do espaço urbano.

Uma das maneiras da Administração buscar a diminuição destes loteamentos irregulares é através da fiscalização das construções executadas por particulares. Ocorre que muitas das vezes esta fiscalização é ineficaz ou até mesmo inexistente colaborando para que estes loteamentos continuem existindo.

Neste trabalho busca-se realizar uma análise do instituto da regularização fundiária de interesse social e sua relação com a Administração Pública no que se refere à responsabilidade estatal em relação aos loteamentos irregulares.

No primeiro capítulo é realizado um estudo do conceito de cidade irregular por meio dos antecedentes históricos da ocupação do solo no Brasil e dos mecanismos de regularização desta ocupação no espaço urbano nacional.

Na segunda parte é trabalhado o instituto da regularização fundiária de interesse social, através da análise da função social da propriedade urbana e do direito à moradia no Brasil e em Portugal. Se desenvolve a análise dos principais instrumentos normativos sobre o tema no Brasil: Lei Federal 9.766/79 – Lei do Parcelamento do Solo; Lei Federal 10.257/01 – Estatuto da Cidade e Lei federal 11.977/09 que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida. Realiza-se também o estudo sobre as competências federativas, competências constitucionais e a relação interfederativa decorrente da legislação federal. Na parte final deste tomo é realizada uma breve análise da ocupação dos solos em Portugal a partir da década de 1970 e dos instrumentos jurídicos de regularização e promoção da moradia no país.

Cumpra ressaltar que este estudo não se caracteriza como sendo de direito comparado *stricto sensu*, pois não foi desenvolvida a construção de uma metodologia específica para a comparação dos sistemas português e brasileiro. O trabalho tem como tema a questão habitacional, com a análise de questões semelhantes existentes nos dois países, principalmente no que tange à população de baixa renda, a fim de permitir a reflexão sobre meios jurídicos a serem repensados e/ou adaptados em cada um dos respectivos ordenamentos jurídicos.

O terceiro capítulo trata do contencioso no Direito do Urbanismo. Primeiramente é realizado um estudo sobre o contencioso administrativo através de sua evolução, efetividade, causas de inexecução das decisões judiciais e das obrigações pecuniárias presentes no instituto. Após esta explanação é apresentado o contencioso administrativo do urbanismo com enfoque no contencioso da responsabilidade. É feita sua definição, a análise do dano indenizável e das regras de reparação.

No quarto tomo é desenvolvido o conceito de responsabilidade civil extracontratual da Administração, sua fundamentação com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal e o conceito de dano injusto. Posteriormente se faz um contorno atual da responsabilidade por omissão com enfoque nas correntes doutrinárias e no entendimento jurisprudencial. Na parte final, são trabalhadas as características, aplicabilidade, ocorrência e entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade da administração pública na regularização fundiária de interesse social e, abordados os instrumentos jurídicos aplicáveis na regularização dominial. É desenvolvida uma análise dos artigos 38 a 41 da Lei Federal 9.766/79 e do artigo 37 da Constituição Federal, além do posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema.

1. AS CIDADES IRREGULARES

Nos espaços urbanos brasileiros, em especial nas cidades de grande e médio porte, se consolidam formas de ocupação irregulares e regulares, diferentes lados do processo de reprodução e urbanização do espaço urbano. Ambas são o resultado da congruência de interesses de múltiplos agentes sociais, entre eles, o Estado, os proprietários fundiários e dos meios de produção e os grupos sociais excluídos (CORREA, 2002).

As cidades irregulares podem ser compreendidas como aquelas que se erguem à margem legal, fenômeno visto, predominantemente, nas grandes cidades. Atualmente nos países em desenvolvimento entre 40% e 70% da população urbana vive de forma ilegal (FERNANDES, 2003). No Brasil 6%, ou 11 milhões de pessoas, vivem em aglomerados irregulares¹ (BESSA, 2000).

A irregularidade e a clandestinidade são realidades diferentes e possuem características particulares. O termo clandestino vem sendo utilizado de modo indiscriminado, com frequência o conceito é utilizado para definir loteamentos que são realmente piratas ou desconhecidos, pois não foram submetidos a qualquer tipo de aprovação do poder público. Outras vezes, é utilizado na definição de loteamentos irregulares, que são aqueles que se encontram em cadastros municipais podendo, de alguma forma, cumprir as normas legais (GROSTEIN, 2002).

Os loteamentos irregulares e os clandestinos possuem características próprias que os diferenciam. Aqueles se caracterizam por serem uma subdivisão de glebas em lotes cuja destinação é a edificação com a abertura de vias de circulação e de acesso, que tem como responsável pessoa jurídica ou física. Estes, como os aglomerados subnormais, são ocupados, normalmente, aos poucos, e não possuem responsáveis

¹ Aglomerado subnormal é o conjunto constituído por 51 ou mais unidades habitacionais caracterizadas por ausência de título de propriedade e pelo menos uma das características abaixo: - irregularidade das vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes e/ou - carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública). Sua existência está relacionada à forte especulação imobiliária e fundiária e ao decorrente espraiamento territorial do tecido urbano, à carência de infraestruturas as mais diversas, incluindo de transporte e, por fim, à periferização da população. - Surgem, nesse contexto, como uma resposta de uma parcela da população à necessidade de moradia, e que irá habitar espaços menos valorizados pelo setor imobiliário e fundiário dispersos pelo tecido urbano.
<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000015164811202013480105748802.pdf>. Acesso em 09/06/2016

facilmente identificáveis e a definição de seus limites é uma tarefa ainda mais complexa.

O avanço na quantidade das formas urbanas clandestinas ou ilegais é um fenômeno que existe principalmente em países em desenvolvimento como, por exemplo, o Brasil. São resultados dos processos de exclusão social e de segregação espacial. As pessoas de mais baixa renda para que tenham acesso à moradia são obrigadas a infringir à Lei, pois as cidades em sua maioria, são estruturadas de forma a privilegiar pontos específicos em seu território (FERNANDES, 2001).

O mercado imobiliário privado rejeita determinadas áreas por as considerarem de pouco valor e a população de mais baixa renda se instala nestes locais que, geralmente, são encostas de morros, terrenos sujeitos a enchentes, beira de córregos, áreas de proteção ambiental ou poluídas.

A legislação urbanística no Brasil beneficia o mercado imobiliário, pois os padrões urbanísticos e técnicos impostos pelo legislador exigem metas dificilmente alcançáveis, que elevam os custos do solo urbano e privilegiam ainda mais o mercado com as áreas nobres e com infraestrutura instalada (FERNANDES, 2001).

O respeito às leis urbanísticas durante o processo de fracionamento do solo implica em aumento de gastos o que justifica o seu desrespeito. As firmas vendem praticamente o terreno aplanado e se limitam a passar os tratores, improvisam estradas de barro. O não cumprimento das normas não tem reais consequências jurídicas para as imobiliárias, tem-se para os adquirentes, que mesmo tendo pago fielmente as prestações do terreno, não podem ser considerados proprietários, já que o loteamento não foi registrado na fiscalização de obras e, portanto, não existe para o Cadastro. Os compradores não podem vender ou herdar legalmente os terrenos já que o bairro juridicamente não existe. A Administração Municipal se recusa a instalar eletricidade e água, construir escolas, asfaltar as ruas e implantar sistema de esgoto, ao mesmo tempo em que exige o pagamento do imposto predial pelos compradores acrescido de multa pela situação irregular dos lotes, cobrando o dobro do valor normal (LOUREIRO, 2015).

O mercado imobiliário se fragmenta e oferece à população loteamentos regulares e irregulares. Os regulares são os que passam previamente por uma relação de compra e venda e registro em cartório de imóveis; requisição ao poder público das diretrizes de loteamento e expedição de licença para efetivação de sua abertura e a

execução das obras de infraestrutura. Os irregulares, por sua vez, não seguem as determinações estabelecidas pela legislação urbanística vigente (MOYSÉS; BERNADES; AGUIAR, 2005) e por isso carecem de investimentos públicos.

Grande parte do espaço urbano brasileiro se inicia de forma clandestina ou legalmente irregular. Para uma melhor compreensão da realidade brasileira na ocupação do solo é preciso um exame mais aprofundando da história da ocupação do solo no país.

1.1. HISTÓRICO DA IRREGULARIDADE NA OCUPAÇÃO DO ESPAÇO URBANO BRASILEIRO

A irregularidade na ocupação do solo urbano no Brasil tem origem com a abolição da escravidão, em 1888, e com a chegada dos imigrantes. Estes acontecimentos geraram um aumento considerável na população urbana nacional, que foi utilizada no processo de industrialização, percebendo baixos salários, o que contribuiu para o incremento da classe de excluídos que habitava as áreas insalubres das cidades.

O processo de acumulação capitalista neste período foi realizado à base dos direitos trabalhistas, o trabalhador, por sua vez, buscou a redução de gastos com moradia utilizando o mecanismo da autoconstrução de residências e aqueles que não podiam arcar com custos de alugueis buscavam moradias irregulares (MARICATO, 1995).

Como motivos que justificam a busca de mecanismos informais de habitação pela classe trabalhadora podem ser apontados a diminuição gradual de ganhos e a atuação Estado-empresariado, que não permitiu à classe trabalhadora a apropriação das condições de produção e de itens necessários à sua reprodução social, tais como, saúde, saneamento, transporte, educação, habitação, segurança pública.

O conflito existente entre a cidade regular e a irregular se acentuou durante os anos 1960. O governo na tentativa de amenizar este conflito criou o Banco Nacional de Habitação (BNH) e o Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Estes programas buscaram contribuir para a estruturação e consolidação do mercado imobiliário urbano. Entretanto, o investimento de recursos oriundos de reservas trabalhistas (FGTS e SBPE) no financiamento de moradia e de infraestrutura urbana provocaram uma elevação no preço do solo devido à especulação imobiliária. Ocorreu uma dinamização da construção de imóveis com a diversificação da indústria de materiais de construção,

subsídios a apartamentos modernos para a classe média emergente e patrocínio para a consolidação de empresas nacionais de construção pesada (MARICATO, 1995). Criaram-se, dessa maneira, as bases da irregularidade urbana no Brasil.

O Brasil durante o período de 1967 e 1982 viveu um intenso movimento de produção imobiliária. Os conjuntos habitacionais erguidos pelo poder público se localizavam em áreas desvalorizadas, ampliando os vazios urbanos e a expansão horizontal culminando na preservação das áreas de maior valor para o mercado privado (MARICATO, 2001).

Objetivando a diminuição das irregularidades urbanas e com apoio dos movimentos sociais passos importantes foram dados. Dentre eles a aprovação da Lei Federal 6.766/79 que regulamentou o parcelamento do solo e criminalizou o loteador de áreas irregulares. Outro marco importante foi a garantia do direito de propriedade, previsto na Constituição Federal de 1988.

As exigências estabelecidas pela Lei 6.766/79 para que fosse aprovada a implementação de um loteamento urbano são as seguintes: redes de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, energia elétrica, drenagem de águas pluviais. Este dispositivo estabeleceu a necessidade de preservação do meio ambiente através das reservas de áreas verdes e institucionais que devem estar presentes nos loteamentos.

A Carta Magna de 1988 incluiu a política urbana em seu texto nos artigos 182 e 183, redefiniu o direito de propriedade possibilitando uma maior intervenção do Estado na propriedade privada, privilegiando os interesses coletivos nas questões urbanas.²

²Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. 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. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao

A inclusão do direito à moradia no Capítulo dos Direitos Sociais do Texto Constitucional permitiu a garantia da posse de terra aos moradores dos assentamentos informais, assegurando a todos o acesso à moradia no espaço urbano. Com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, foi incluído o direito à moradia no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (AMADEI, 2001).

No ano de 1999, a Lei nº 9.785/99 alterou alguns dispositivos da Lei 6.766/69. Dentre eles podem ser citados o fato de que o poder público como o agente legalmente contratado foi dispensado de apresentar o título de propriedade definitivo para a realização do registro de um loteamento popular em áreas desapropriadas e, que o portador de um documento de direito de concessão passou a ter permissão para a concessão de um financiamento habitacional.

1.2. ESPAÇO URBANO E REGULARIZAÇÃO DE SUA OCUPAÇÃO NO BRASIL

Como regularização fundiária se entende a necessidade de integração e articulação de ações, cuja responsabilidade se encontra setorizada na Administração, o que remete à questão fundamental da necessidade de reorganização administrativa e da gestão urbana com uma ampliação da participação social (BURNETT, 2011).

A regularização fundiária no Brasil durante os anos 1990 e 2000 foi um dos temas mais discutidos no meio político e acadêmico, pois sua compreensão se tornou primordial com a implementação do Estatuto da Cidade, em julho de 2001, que abordou novas soluções para a viabilização do processo de regularização das ocupações urbanas.

Existem três tipos de regularização que são a judiciária, a fundiária e a urbanística que podem acontecer simultânea ou separadamente. O ideal é que aconteçam conjuntamente. A judiciária é a adequação do uso do solo conforme as leis vigentes, a fundiária é a referente à titulação dos lotes e a urbanística é aquela que trata sobre a urbanização do local (ALFONSIN, 2004).

A regularização fundiária se caracteriza como o processo de intervenção da Administração que tem como base os aspectos social, físico e jurídico, cujo objetivo é a continuação da residência das populações que moram em áreas urbanas ocupadas de forma irregular com o fim de habitação. Essa ação implica acessoriamente a realização

homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

de melhorias na qualidade de vida da população beneficiária, no ambiente urbano do assentamento e no resgate da cidadania (ALFONSIN, 2004).

Percebe-se pela regularização e, ao se analisar o Brasil em um contexto repleto de irregularidades, que o país ainda está distante da obtenção de uma solução para desigualdade urbana, em especial, no acesso à moradia.

Como fruto de um processo de urbanização baseado na ampliação das periferias pela implementação de loteamentos irregulares e clandestinos e pela ocupação ilegal, tem-se que os Municípios brasileiros se encontram em um contexto de crise urbana. A regularização fundiária nasce como uma forma de intervenção com o objetivo prioritário de legalização da permanência dos residentes em áreas urbanas, que irregularmente foram ocupadas para habitação e de promover acessoriamente benfeitorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do local, incentivando o pleno exercício da cidadania pela comunidade (ALFONSIN, 2006).

A regularização fundiária possui caráter interdisciplinar com um papel de extrema importância para que os objetivos supracitados sejam alcançados através da junção de aspectos jurídicos, que se relacionam com a titulação e o registro de posse ou propriedade de terra (FONSECA, 2005), e urbanísticos que se vinculam com a implementação de infraestrutura, a melhoria da qualidade urbano-ambiental e a adequação da legislação urbanística com a realidade local.

O conceito de regularização fundiária se baseia em fundamentos empíricos que estão presentes na legislação existente, nas suas alterações, na análise das experiências aplicadas e na crítica sobre os resultados.

Se divide em dominial e em programas de urbanização (DURAND; SELOD, 2006). Aquela tem como objetivo garantir a posse dos moradores, o reconhecimento de direitos aos habitantes de zonas ocupadas ilegal ou irregularmente. Os programas de urbanização, por sua vez, têm como meta melhorar o espaço construído por meio do acesso à infraestrutura e a espaços comuns de lazer.

2. ASPECTOS DO REGIME DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

2.1. NO BRASIL

O instituto da regularização fundiária se relaciona intimamente com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Tem como finalidade transformar a situação fundiária de um loteamento que viola a legislação para regular, ou seja, tornar legal casos que mesmo sendo ilegais em seu começo podem ser harmonizados com o ordenamento pelos mais variados motivos.

A regularização fundiária se relaciona com o direito de propriedade e a sua função social, presentes no artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição. Ao ser verificada que a situação fundiária fere a legislação e que o destinatário da regularização não é o proprietário do bem e não possui título para o exercício da posse do imóvel, a regularização fundiária de interesse social deve se basear na função social, uma vez que ao ser implementada a propriedade será destinada às camadas mais pobres da população, restando claro o seu conteúdo social.

Outra vertente da regularização é o direito à moradia, previsto no artigo 6º, caput³, do texto constitucional. Este direito representa a necessidade da garantia de uso de uma parcela da cidade para habitação.

2.1.1. EVOLUÇÃO NORMATIVA SOBRE O ACESSO IRREGULAR À MORADIA PELA POPULAÇÃO DE MAIS BAIXA RENDA

Em uma análise histórica conclui-se que a exclusão nas cidades e a proliferação de ocupações irregulares são resultados de políticas governamentais que, de maneira combinada ou isolada, não foram capazes de solucionar a demanda por moradias e que tornaram mais difíceis a produção legal de habitações, que não atingiu a população mais carente.

Na tentativa de demonstrar como a atuação do Estado provocou um aumento da irregularidade ou foi insuficiente será feita uma análise histórica da legislação combinada ao momento político vivido no Brasil. A legislação utilizada será a que trouxe importantes marcos de alteração da postura estatal no reconhecimento da existência da problemática ou da criação de novas tentativas para solucioná-la.

No período compreendido entre 1889 a 1930, na chamada República Velha, se iniciou o processo de industrialização no país que teve como origens a abolição da

³Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

escravidão, que possibilitou que os recursos anteriormente investidos na compra de escravos fossem transferidos para novos investimentos, e o crescente fluxo imigratório de trabalhadores estrangeiros para a indústria do café, o que gerou uma expansão na mão de obra assalariada, aumentando a parcela consumidora do país. Estes dois acontecimentos paralelamente às péssimas condições de trabalho na lavoura contribuíram para o deslocamento da população para as cidades de forma acelerada sem que houvesse preparação do espaço urbano para o recebimento deste contingente populacional.⁴

No processo de urbanização, a população carente apenas tinha como opção o aluguel de quartos nas casas de cômodo, cortiços e estalagens que eram caracterizados por serem ambientes pequenos, congestionados, com serviços sanitários comuns e infraestrutura precária. A provisão destas residências era, inicialmente, feita por investidores particulares, sem nenhuma interferência estatal e, proporcionavam ao proprietário cerca de 50% a 100% de juros ao ano sobre o capital investido (BEINENSTEIN, 2001)

A estrutura habitacional insalubre combinada à ausência de saneamento e a elevados índices de criminalidade fizeram com que o Estado, no final do século XIX, adotasse medidas sanitárias nas cidades. Um dos objetivos dessas políticas era a revitalização das áreas mais próximas ao centro e a criação de espaços públicos que melhorassem a circulação de ar. Foi durante a eliminação da concentração de moradias coletivas, retiradas das áreas centrais, que as periferias das cidades foram erguidas. Ao analisar a formação histórica dos bairros na capital paulista, Raquel Rolnik menciona o primeiro Código Sanitário Estadual de 1894, que adotou uma postura mais rígida quanto às moradias coletivas, que foram proibidas, e as que já existiam foram derrubadas. Pela primeira vez foi formulada a proposta de incentivo ao empresariado para a construção de casas operárias higiênicas em locais que estivessem a uma distância de 15 quilômetros da cidade (ROLNIK, 2003).

Sabendo da importância da ingerência estatal nos acordos de locação foi editado o Decreto nº 4.403/1921, mais conhecido como Lei do Inquilinato, em que

⁴ As estruturas agrárias e anacrônicas, o desemprego aberto e oculto aliadas as péssimas condições de vida na zona rural brasileira, em especial, no Nordeste do país, aliados à pressão demográfica, são fatores fundamentais para o êxodo rural. O “push rural” tem um corolário: o “pull urbano”, o mito do “sul Maravilha” que foi amplamente divulgado pela mídia, que permitia tentar a sorte no mercado de trabalho e ter acesso mais fácil à educação e aos serviços de saúde. Sanchs, Céline. São Paulo: Políticas Públicas e Habitação Popular. Edusp. São Paulo, 1999.

foram estabelecidos os prazos mínimos de duração dos contratos de locação, os casos de cabimento de despejo e estabelecidas as garantias dos locatários.

Em 1916, o primeiro Código Civil Brasileiro foi promulgado e um de seus principais objetivos foi o reforço do estabelecido na Lei de Terras de 1850, que previa ser a compra a única maneira de acesso à propriedade. O direito à propriedade foi definido como algo absoluto e individual, sem que fosse estabelecido qualquer condicionamento em relação à função social.

A propriedade da terra foi dificultada no momento em que a compra passou a ser o seu mecanismo de acesso⁵, pois não era vista por um prisma social que vinculava seu exercício. Mesmo o instituto da usucapião, previsto pelo artigo 550 do Código Civil, afastava a população de mais baixa renda da terra, pois era necessário que se passasse um período de 30 anos ininterruptos sem oposição e o seu reconhecimento em juízo era vinculado à posse de recursos, pois inexistia a justiça gratuita.

Entre 1930 e 1964, o Estado ao perceber que as medidas adotadas eram ineficazes passou a ter um papel de protagonista ao estabelecer o congelamento dos preços cobrados pelo locador. Por meio do Decreto-Lei 58/1937 a venda de loteamentos para pagamentos em prestações foi regulamentada gerando um estímulo para o surgimento de um mercado que tinha como destinatário a população mais carente que vivia nas periferias. O Estado passou a promover as habitações sociais quando aderiu ao modelo da casa própria com a promulgação do Decreto-Lei nº 92.18/1946 que criou a Fundação Casa Popular e, posteriormente, os Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões que previam a destinação de parte de seus recursos para a aquisição de casa própria para os seus associados.

Estas medidas se mostraram ineficientes, pois não foram capazes de resolver a problemática devido à crescente demanda por moradia. Pelos números apresentados pela Fundação da Casa Própria percebe-se que a demanda por moradia era de aproximadamente três milhões e seiscentas mil habitações, não se computando cortiços e favelas (BEINENSTEIN, 2001). A Fundação construiu cerca de 143 conjuntos habitacionais, contabilizando 18.132 unidades (BONDUKI, 1994). As políticas de regularização de alugueis ao invés de melhorarem as relações entre locador e locatário tiveram efeito contrário, pois no período em que o congelamento de valores foi adotado os índices de inflação eram elevados, o que ocasionou uma maior proliferação dos

⁵ Previamente a 1850 o regime das sesmarias justificava o domínio pela posse e o uso para fins agrícolas.

loteamentos nas periferias pela população de mais baixa renda (BONDUKI,1994). Estes loteamentos eram marcados pela falta de atuação do Estado e de infraestrutura urbana.

Outros fenômenos podem ser identificados na tentativa de clarificar o processo de exclusão baseada em propriedade. Utilizando a capital paulista como exemplo pode-se observar que o planejamento era visto como algo capaz de ser realizado por meio de determinações de áreas específicas, no entanto, estas áreas eram estabelecidas seguindo uma ordem de mercado em que os valores dos imóveis eram preservados ou aumentados, respeitando os interesses das camadas mais abastadas da sociedade.

Sarah Feldman escreve:

Entre 1954 e 1957 zonas foram delimitadas numa extensão que vai do Alto da Lapa à avenida Morumbi, incluindo todos os loteamentos da Companhia City realizados segundo o padrão das cidades-jardins inglesas, e outros bairros adjacentes. O processo de definição dessas zonas mostra que, ao mesmo tempo que se busca manter o padrão original dos bairros residenciais – monofuncionais, casas isoladas, amplos espaços verdes, a legislação acomoda também possibilidade de verticalização e a introdução de outros usos – atendendo às demandas dos setores mais valorizados das cidades e aos efeitos do *boom* imobiliário ocorrido nos anos de 1940 (FELDMAN, 2005).

Os investimentos públicos por sua vez se concentravam nas áreas em que pudesse ocorrer valorização imobiliária, em regiões de moradias de alto padrão. Como exemplo pode ser apontado a Companhia City que recebia financiamento de empresas concessionárias de gás, energia e transporte e, deveria realizar as obras públicas em áreas pré-determinadas pelos construtores para que eles pudessem se beneficiar diretamente da valorização dos investimentos (FELDMAN, 2005).

Estas práticas exemplificam a omissão da Administração com a parcela populacional mais hipossuficiente, que se tornou ainda mais incapaz de disputar espaços munidos de serviços e equipamentos públicos. Estas políticas foram as responsáveis pelo aprofundamento das desigualdades e da proliferação das formas precárias de moradia.

Assim se desenvolveram novas alternativas habitacionais que se baseavam na diminuição ou mesmo na ausência do pagamento regular de moradia: as favelas e as casas autoconstruídas ou auto-empresendidas em loteamentos periféricos que não possuíam infraestrutura urbana (BONDUKI, 1994).

Houve uma proliferação de favelas e loteamentos periféricos, em especial, nos grandes centros urbanos. No Rio de Janeiro, por exemplo, o número de pessoas que

viviam em favelas aumentou cerca de 3% durante os anos de 1948 e 1950, em números absolutos um acréscimo de 21.468 pessoas. Em São Paulo no ano de 1957 haviam 50.000 pessoas morando em favelas, em Belo Horizonte, 36.432 e, em Salvador em 1960, 8.978 (BEINENSTEIN, 2001).

Paralelamente à expansão nos números de favelas urbanas a repressão a estas formas de ocupação de espaço aumentava, assim como propostas isoladas que buscavam a melhoria da qualidade nas habitações. A repressão se observa na legislação que proibia este tipo de moradia e na criação das Comissões de Extinção de Favelas. Em sentido contrário, surgiram fundações que tinham como fim a realização de projetos de urbanização das favelas através da implementação principalmente de energia elétrica (BEINENSTEIN, 2001).

Uma das primeiras iniciativas do governo autoritário foi a criação de um modelo centralizado para a questão habitacional por meio da publicação da Lei Federal 4.380/64, que criou o Banco Nacional da Habitação (BNH), o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), as sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo.⁶ Estes programas visavam a criação de um sistema que pudesse financiar a produção em grande escala e, ao mesmo tempo, obter mais conhecimento sobre a questão. O Serviço Federal de Habitação e Urbanismo tinha como finalidade promover a formação de fundações e associações para a habitação e para o urbanismo e também a coleta de dados sobre a situação habitacional brasileira.

A captação de recursos era responsabilidade do BNH, do SFH, das associações de crédito imobiliário, das Associações de Poupança e Empréstimo e das Caixas Econômicas Federais⁷ e era realizada através da poupança voluntária de letras imobiliárias e cadernetas de poupança. A construção das habitações era responsabilidade das prefeituras, dos órgãos responsáveis pela urbanização da área onde o conjunto seria construído e das Companhias Estaduais de Habitação⁸ que seriam responsáveis pela cessão dos terrenos e pela fiscalização das obras. A Iniciativa Privada também seria responsável através da construção de cooperativas. A construção dos conjuntos era feita pelas Prefeituras, pelas Companhias Estaduais de Habitação e pela Iniciativa Privada,

⁶ A criação do Serviço de Habitação e Urbanismo teve como inspiração um estudo realizado pelo Instituto de Arquitetos Brasileiros na ocasião da realização do Seminário Nacional de Habitação e Reforma Urbana de 1963.

⁷ Previsão constante no Decreto n. 55279/64

⁸ As companhias Estaduais de Habitação foram criadas durante os anos 50 e 60, mas foi durante o governo militar que ganharam destaque como executoras das políticas traçadas pelo governo federal.

encarregada da realização da promoção e da execução de projetos de construção de habitação segundo as diretrizes urbanísticas locais (BEINENSTEIN, 2001), conforme o previsto na Lei Federal nº 4.380/64.

As políticas adotadas pelo BNH eram destinadas às populações mais carentes e a Lei Federal nº 4.380/64 determinava os valores máximos que poderiam ser utilizados na aquisição de moradias. Setenta por cento dos recursos eram destinados para a compra de residências cujo valor fosse inferior a 60 vezes o maior salário mínimo vigente e, no máximo, 15% poderia ser aplicado na aquisição de habitações com valor entre 200 e 300 vezes deste percentual⁹. Estes limites abarcavam uma faixa de renda de 1 a 6 salários mínimos, mas o objetivo dessa política era a faixa entre 1 a 3 salários mínimos (BEINENSTEIN, 2001).

O problema deste modelo foi a garantia de recursos para seu financiamento, pois os beneficiários do programa que se encontravam na parcela mais carente não conseguiam quitar as prestações assumidas, que possuíam valores elevados e eram reajustadas mensalmente com amortização e juros, devido a um contexto inflacionário e de instabilidade econômica. A opção adotada pelo governo foi dar preferência à parcela da população que seria capaz de arcar com o pagamento das prestações, o que descaracterizou o programa.¹⁰

⁹ Estas condições foram posteriormente alteradas pela Lei 4864/65 que dispunha: Artigo 11 Os recursos destinados ao setor habitacional pelas entidades estatais, inclusive sociedades de economia mista de que o Poder Público seja majoritário, distribuir-se-ão, permanentemente, da seguinte forma: I- em habitações de valor unitário inferior a 100 vezes o maior salário mínimo mensal, vigente no País, uma percentagem mínima dos recursos a ser fixada, bienalmente, pelo Banco Nacional de Habitação, em função das condições do mercado e das regiões, e por instituição ou tipo de instituição. II- em habitações de valor unitário compreendido entre 300 e 400 vezes o maior salário mínimo, vigente no país, no máximo, 20% dos recursos, vedadas as aplicações em habitações de valor unitário a 400 vezes o maior salário mínimo citado.

¹⁰ Exposição de motivos que propunha as alterações no SFH: “Em resumo, os principais fatores que tem contribuído para uma oferta pouco satisfatória de habitações, especialmente para as camadas de população de renda mais baixa, alinham-se a seguir: (i) condições de financiamento aos mutuários finais, resultando em prestações acima da real capacidade de endividamento, especialmente para as faixas de renda familiar baixa e média; (ii) exigência, em alguns casos, de níveis de poupança inadequados; (iii) capacidade econômica limitada e potencial financeiro aquém do desejável dos Agentes que atuam nas faixas de rendimentos inferiores, especialmente as Companhias de Habitação Popular – COHABs, em decorrência de perceberem remuneração insuficiente para os seus serviços e riscos; (iv) a falta de uma organização eficiente das COHABs, de um modo geral, como entidades de Poder Público, Governos Estaduais e/ou Municipais, carecendo de instrumentos específicos de melhor racionalidade. Por outro lado, o fato das COHABs serem justamente organismos pertencentes a Estados ou Municípios, exige integral comprometimento das Unidades da Federação nos programas de habitação popular; (v) dificuldades de obtenção de Agentes Financeiros que atuem nas atuais faixas de financiamento entre Cr\$32.000,00 e Cr\$90.000,00 em virtude da maior atratividade pelos empreendimentos de maior valor unitário, em face de maiores rendimentos e menores riscos; (vi) falta de economia de escala de uma parte dos Agentes que integram o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos – SBPE, especialmente dos que não atuam nos principais centros urbanos do país; (vii) dificuldades financeiras por parte dos Estados

Após a constatação deste quadro o Estado lançou outros programas que pretendiam sanar o déficit habitacional e reforçar o atendimento à população de mais baixa renda. Foram lançados o II Plano Nacional de Habitação Popular (PLANHAP), que até o ano de 1980 foi responsável pela criação de cem mil residências; o Programa de Financiamento de Lotes Urbanizados (PROFILURB), que buscava a melhoria nas condições de saneamento e infraestrutura básica; o Programa de Financiamento de Material de Construção, cujo objetivo era estimular a autoconstrução como alternativa e o Programa de Erradicação de Sub-habitações destinado à melhoria das condições habitacionais, sem que isso envolvesse a realocação da população em outra área da cidade (BEINENSTEIN, 2001).

Observa-se uma mudança na postura estatal, tendo em vista a intenção de manutenção da população nas periferias, seja através da construção de infraestrutura ou do incentivo à autoprodução ou a melhoria da qualidade das habitações já construídas. Baseados neste entendimento alguns Municípios durante os anos 1980 adotaram políticas de desapropriação por interesse social, delimitação de áreas especiais de interesse social e urbanização das favelas, que tinham como objetivo a regularização fundiária das ocupações no local que se encontravam.

Apesar das transformações o trabalho desempenhado pelo BNH não foi exitoso em cumprir seu objetivo e a demanda por moradia pela população mais carente aumentava cada vez mais¹¹. Além das favelas, que em sua maioria já eram inicialmente ilegais devido ao seu modelo de ocupação, aumentou o número de loteamentos periféricos, que não precisavam ser inicialmente ilegais.

Após a aprovação da Lei Federal nº 6.766/79 a grande maioria dos loteamentos periféricos foi transferida para a ilegalidade. Mesmo constituindo um avanço o referido diploma legal ao estabelecer regras que deveriam ser aplicadas para todos os loteamentos e não somente para aqueles pagos em prestações, vinculou os loteamentos à existência de infraestrutura urbana, delimitou o tamanho de lotes, previu o registro e a aprovação de projetos de loteamento e desmembramento colocando na ilegalidade todos

no tocante à sua participação de infraestrutura e de equipamentos comunitários necessários à implementação do Plano Nacional de Habitação, basicamente de materiais de construção, e, como primeira consequência de um período anormal inflacionário, uma lata exagerada no custo dos terrenos, em proporção superior ao crescimento salarial.”

¹¹ Pela comparação dos dados sociais relativos à habitação entre 1970 e 1976 já era possível verificar que o BNH não seria exitoso ao tentar alterar o agravamento do déficit habitacional no Brasil. Entretanto as políticas adotadas pelo BNH foram superiores às adotadas anteriormente pela Fundação da Casa Popular e pelos Institutos de Pensões. Ocorre que o desempenho do BNH ao se considerar o número de casas construídas e a demanda foi modesto no aumento do número de habitações disponíveis (BUCCI, 2003).

os outros modelos que eram locais de residência da população mais carente e que não necessariamente obedeciam aos parâmetros por ela definidos (MARICATO, 1997).

A nova lei excluiu o acesso às moradias sem infraestrutura pela via legal sem, no entanto, criar outros meios para que algo fosse efetivado ou contemplado no âmbito da produção popular da moradia, o que simplesmente os colocou na ilegalidade. O novo diploma tipificou os crimes relativos à promoção e à venda de loteamentos e desmembramentos realizados em desconformidade com a lei.

Houve uma desarticulação da estrutura institucional criada pelo BNH após a sua extinção em 1986. Em seu lugar foi criado o Ministério do Desenvolvimento Urbano que passou por diversas alterações até que em 1989 foi criada a Secretaria Especial de Habitação Comunitária. Com essas modificações o espaço institucional a nível federal foi reduzido apesar do contínuo crescimento dos problemas habitacionais.

Até 1995 a política habitacional brasileira ainda não havia sido consolidada, apesar da implementação de diversos programas federais como o Plano de Ação Imediata para habitação (PAIH), Habitar Brasil, Morar Município, Pró-moradia (BEINENSTEIN, 2001). Importa ressaltar que com a desarticulação em âmbito federal, Estados e Municípios ganharam maior destaque na elaboração e execução das políticas habitacionais.

No governo Fernando Henrique Cardoso, que vai de 1994 a 2002, a Caixa Econômica Federal criou alguns programas habitacionais como o Crédito Direto ao Cidadão e as Cartas de Crédito, que eram responsáveis pelo fornecimento de crédito para o comprador de moradia. Aquele tratava sobre a aquisição de materiais de construção e aquisição de imóveis, já estas se relacionavam com o financiamento de habitações novas ou usadas, reformas ou aquisição de lotes urbanizados. O Pró-moradia era destinado às populações de mais baixa renda que moravam em zonas de risco.

O governo tinha com a concessão de créditos o objetivo de aumentar o acesso à moradia através da ampliação do poder de compra da população. Ocorre que o setor da construção civil é um mercado oligopolizado, e isso não ocorreu. Ao contrário, quando o dinheiro foi injetado no mercado os preços das moradias aumentaram (BEINENSTEIN, 2001).

As diretrizes do Fundo Monetário Internacional foram responsáveis por pautar determinadas políticas governamentais, em especial, os investimentos em setores sociais estratégicos. Nesse sentido foram editadas as Resoluções 2.668 e 2.682, em 1999, que

dificultaram a concessão de crédito habitacional. A primeira estabeleceu regras que restringiram as operações de crédito com órgãos e entidades do setor público. A segunda estabeleceu regramento acerca da classificação de riscos envolvendo o tomador de empréstimo, exigindo maior segurança para as instituições financeiras. Esta medida ignorou que as hipotecas amparavam o empréstimo habitacional e que o financiamento habitacional brasileiro não se direcionava àqueles que ganhavam menos de 12 salários mínimos, ou seja, mais de 70% da população nacional foi deixada à margem do mercado imobiliário e até mesmo dos empréstimos públicos (BEINENSTEIN, 2001).

Mesmo com toda essa problemática durante o governo de Fernando Henrique Cardoso foi aprovado o Estatuto da Cidade que positivou diversos mecanismos e marcou o começo de uma nova ordem jurídica sobre as questões das ocupações irregulares e da demanda por moradia em ambiente urbano (MARICATO, 2011).

No governo Lula, que vai de 2003 a 2010, houve um fortalecimento das políticas voltadas para as cidades. Em 2003 foi criado o Ministério das Cidades que tem como função atuar nas situações que envolvem os principais problemas urbanos tais como habitação, transporte e saneamento.¹²

Pode-se citar também a criação do Conselho das Cidades em 2004, órgão com competência deliberativa e consultiva, subordinado ao Ministério das Cidades, composto por membros da sociedade civil e por membros do poder público federal e de alguns Estados¹³. Em 2005 foram criados o Sistema Nacional de Habitação de Interesse

¹² Artigo 27 Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes: III – Ministério das Cidades: a) política de desenvolvimento urbano; b) políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito; c) promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano; d) política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano; e) planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito; f) participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem como para a adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento; dando início a institucionalizar políticas. (Lei Federal n. 10683/2003)

¹³ O artigo 3 de seu regimento interno prevê diversas atribuições ao órgão, dentre elas se destacam: I- propor programas, instrumentos, normas e prioridades da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano; II- acompanhar e avaliar a implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, em especial os programas relativos à política de planejamento e gestão do solo urbano, de habitação, de saneamento ambiental, de mobilidade e transporte urbano e metropolitano, e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos; III- propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e manifestar-se sobre propostas de alteração da legislação pertinente; VI- promover a cooperação e a ação federativa entre governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano; XII- propor diretrizes e critérios para a distribuição regional e setorial do orçamento anual e do plano plurianual do Ministério das Cidades.

Social e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social iniciando um novo período de implementação de políticas federais no setor da habitação e, em especial, no que tange à regularização fundiária de interesse social.

Quanto a este tema o primeiro programa criado foi o Programa Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável pelo Ministério das Cidades em 2003. O programa adotou um conceito amplo sobre a regularização fundiária de interesse social que articula a legalização da posse, a urbanização e a integração das áreas e comunidades. Entretanto, uma conjuntura estrutural interferiu negativamente nos planos iniciais do governo devido ao fato de que os recursos para implementação do programa estavam alocados em diversas secretarias, vinculando-se a variados projetos (FERNANDES, 2004). Assim, em 2003 foi criado o Programa Papel Passado pelo qual o governo federal finalizou o programa de regularização fundiária de interesse social que tinha como fim somente a legalização da posse.¹⁴

No que se refere à construção de novas moradias durante o governo Lula foram lançados o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o Programa Minha Casa, Minha Vida, que incentivam a construção de novas moradias, a urbanização de assentamentos irregulares¹⁵, incorporando elementos para a dimensão da regularização fundiária de interesse social.

2.1.2. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Em determinados casos o direito de propriedade é a base da regularização fundiária de interesse social, pois ela pode ser considerada uma forma de conceder função social a um imóvel que não a cumpre. Dessa forma, a função social pode ser considerada uma justificativa para a realização da regularização fundiária em determinados casos. Assim, o Estatuto da Cidade no artigo 2º, XIV aponta o instituto como uma diretriz para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (ROLNIK, 2003).

¹⁴ Até 2014 foram beneficiadas 1,5 milhão pessoas pelo programa Informação disponível em <http://www.caixa.gov.br/poder-publico/programas-uniao/habitacao/minha-casa-minha-vida/Paginas/default.aspx>

¹⁵ Não se pode negar o avanço no quadro institucional federal. Com recursos do PAC na implementação de infraestrutura urbana, em especial, nas obras de saneamento ambiental, se espera que avanços maiores na dimensão da urbanização de muitos assentamentos informais sejam possíveis. (FERNANDES, 2010)

A função social estar presente no conceito de propriedade surge, pela primeira vez em um texto constitucional, no ano de 1967¹⁶. Reconheceu-se que a propriedade independentemente de ser rural ou urbana, pública ou privada se insere em um contexto social e seu exercício deve ocorrer de maneira compatível com a sua função social, alterando a compreensão de que esse direito devesse ser entendido apenas na esfera individualista do proprietário (SILVA, 2012).

A função social se torna parte do direito à propriedade. Fiorella D'Angelo afirma que:

[..] assim é que a função social mesmo acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como ausência de atribuição de determinadas faculdades, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdade de acordo com modalidades preestabelecidas (SILVA, 2012).

O condicionamento¹⁷ é decorrente do princípio da função social da propriedade e não pode ser considerado como gerador de imposições negativas ao comportamento do proprietário, ou seja, de determinações legais cujo único objetivo é proibir condutas que não respeitem a função social da propriedade. A meta é que sejam abrangidas imposições positivas para que o proprietário busque o exercício de seu direito de forma mais compatível com a utilidade social (GRAU, 1983). Esta disposição se torna ainda mais visível ao se analisar o artigo 182, §4º, da Carta Magna que estabelece sanções aplicáveis às propriedades não edificadas, não utilizadas ou subutilizadas, que exigem atitude proativa do proprietário no sentido de dar função social a sua propriedade.

Já o conteúdo material da função social da propriedade urbana não pode ser extraído tão claramente do ordenamento jurídico. Ao contrário da função social da

¹⁶ A Constituição Federal de 1946 estabelecia que o direito à propriedade deveria estar relacionado ao bem estar social (artigo 147) e a de 1934 dispunha sobre a impossibilidade do direito à propriedade ser exercido contrariamente ao interesse coletivo ou social (artigo 113, 17).

¹⁷ José Afonso estabelece que mudanças no âmbito do conteúdo da propriedade não são apenas imposições para limitar o exercício à propriedade. “O princípio da função social da propriedade é muito mais do que isso. Constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem se apoiar em outros títulos de intervenção como ordem pública ou atividade de polícia. Não cabe ao escopo do presente tópico aprofundar o tema, tendo em vista que os efeitos práticos de se encarar a função social da propriedade como uma limitação ao direito de propriedade ou não são os mesmos. Por essa razão, adota-se a terminologia “condicionante” ou “limitantes”. (SILVA, 2012)

propriedade rural, prevista no artigo 186 da Constituição Federal, em que consta um limite material geral aplicável em todo o país, a função social da propriedade urbana possui diretriz no sentido de que a propriedade urbana cumpre sua função social ao atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, conforme o estabelecido no artigo 182, § 2º, do texto constitucional.

A Constituição remete ao Plano Diretor¹⁸ a delimitação desse conteúdo, seja a propriedade pública ou privada, sem a determinação de um conjunto de elementos gerais aplicáveis a todas as propriedades urbanas, ou seja, apenas um aspecto material: o solo urbano não cumpre sua função social se não for utilizado, subutilizado ou não edificável, conforme o disposto no artigo 182, §4º¹⁹, da Constituição Federal, que estabelece sanções para estes casos (ALMEIDA, 2004).

Não edificável é o solo que não está sendo utilizado por edificação e subutilizado é o solo que possui um número de construções inferior ao coeficiente de aproveitamento mínimo estabelecido para a região na qual o terreno está localizado. Não utilizado se refere ao terreno que possui coeficiente de aproveitamento igual a zero. Observa-se, assim, que não existe diferença entre não edificado e não utilizado (ALMEIDA, 2004).

Objetivando reforçar a possibilidade de a lei fornecer concretude ao direito à propriedade Floriano de Azevedo Marques Neto traz as seguintes informações.

No domínio privado, esta função social será determinada pela lei e variará conforme o tipo de propriedade (urbana, rural, mobiliária). No caso do domínio público, esta função social se confundirá com os usos de interesse geral que são reservados a cada espécie de bem (MARQUES, 2009).

No caso das propriedades públicas deve-se observar os tipos de bens e usos de interesse geral a elas destinados, que podem estar presentes no Plano Diretor, instrumento que concretiza a função social da propriedade privada ou pública.

¹⁸ O Plano Diretor é obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, ou seja, não é de aprovação obrigatória em todos os municípios no Brasil. Depreende-se, assim, que os municípios que são obrigados a aprovar planos diretores somente poderiam estabelecer os critérios destinados a identificar a função social de determinada propriedade se optassem por aprovar o plano diretor.

¹⁹ As sanções previstas no artigo 182, §4, da CF são: parcelamento ou edificações compulsórias, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Se a regularização fundiária ocorrer em áreas de domínio público existem vários componentes que se interligam com a afetação desses bens e ao seu uso em concreto, ocorrendo situações em que o uso prevalece à afetação e vice-versa.

Se ocorrer uma situação fática em que exista ou não um direito público ao cumprimento da função social e se ocorrer seu descumprimento, o titular de um direito subjetivo está autorizado pelo ordenamento jurídico à prática ou não deste ato, ou seja, a transformar em ato a potência, isto é, a aptidão para sua prática. A transformação da faculdade em ato quando juridicamente autorizada deve ser exercida dentro dos limites da autorização (GRAU, 1983).

O direito subjetivo público é aquele em que o sujeito pode praticar determinados atos ao se levar em consideração os interesses da coletividade. Quando uma propriedade urbana não obedece à sua função social e o Poder Público não implementa o que a legislação estabelece, seja do ponto de vista sancionatório seja do da promoção dessa função social, se torna claro a existência desse direito subjetivo público ²⁰.

Ao poder público compete dar aos imóveis públicos a sua função social e zelar para que ela seja devidamente respeitada pelos particulares que usam o espaço urbano para além de residir, desenvolver outras atividades. A omissão quanto ao cumprimento desses deveres cria direito público subjetivo dos outros integrantes do espaço urbano que sofrem, direta ou indiretamente, as consequências da inação.

2.1.3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À MORADIA

O direito à moradia somente se tornou constitucionalmente garantido em 2000 com a edição da Emenda Constitucional nº 26. Entretanto, a interpretação de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais, o direito à saúde e a assistência aos

²⁰ José Afonso da Silva ressalta que “As normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração, e a atividade jurisdicional que não podem ocorrer contrariando fins e objetivos estabelecidos nas normas constitucionais programáticas. Caso ocorra há um comportamento inconstitucional e do ato que daí surge se submete a controle de constitucionalidade. O princípio da função social da propriedade, por exemplo, pode ser utilizado contra abuso desse direito em determinadas circunstâncias, em prol de inquilinos contra o senhorio e, especialmente, impor ações positivas ou abstenções ao proprietário, no interesse da coletividade. (SILVA, 2012

desamparados permite o reconhecimento da moradia como um elemento básico da sociedade (FERRAZ, 2003).

Este direito tem conteúdo incerto, que pode ser amplo ou restrito, o que abre margem a diversas interpretações. O Supremo Tribunal Federal em alguns acórdãos utiliza o direito à moradia para confirmar a inalienabilidade de bens de família²¹ e em outros justificar a decisão de obrigar um Município a efetuar a retirada de população que reside em área de risco, apontando que esta situação de risco afronta o direito à moradia.²²

Uma vez que não existe uma definição constitucional ou legal sobre o conteúdo do direito à moradia, será adotada a definição do Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU que identifica sete requisitos para garantia eficaz do direito supracitado em seu comentário Geral nº 4. São eles: habitabilidade, custo acessível da moradia, adequação cultural, disponibilidade de serviços e infraestrutura, localização, segurança jurídica da posse e acessibilidade. Depreende-se, assim, que o conteúdo do direito à moradia inclui o direito humano de viver com paz, segurança e dignidade.

2.1.4. ABRANGÊNCIA: REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA, DOMÍNIO DA TERRA E URBANIZAÇÃO

A regularização fundiária possui conexões com a propriedade, em especial, com sua função social, pois almeja que a garantia da função social da propriedade seja atingida e, com o direito à moradia na medida em que surge como mecanismo capaz de dar efetividade ao direito.

Será realizada uma análise da aplicabilidade do instituto da regularização fundiária urbana de interesse social na ordem jurídica e, posteriormente, desenvolvido um estudo evolutivo de seu conceito a partir da legislação infraconstitucional.

2.1.4.1 PARCELAMENTO DO SOLO URBANO- LEI FEDERAL Nº 6.766/1979

A Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, é um grande marco para o Direito Urbanístico Brasileiro, pois alterou o entendimento existente na época em que

²¹ STF AC 2597 MC – QO/DF

²²STF AI 708667 Ag R/SP

foi aprovada. O espaço urbano era visto apenas como um aglomerado de lotes privados e poucos espaços públicos com restrições ao pleno exercício do direito de propriedade que tinham como origens limites administrativos em função das relações de vizinhança (EDÉSIO, 1998). Com sua promulgação foi reconhecida formalmente a necessidade do envolvimento estatal para que regras mínimas fossem estabelecidas para a definição de condições aceitáveis para o parcelamento do solo e de sua utilização. O espaço urbano se tornou um todo inserido em um contexto social que demanda equipamentos e serviços públicos.

Este dispositivo legal passou por diversas alterações ²³ para que fosse melhor adaptado à realidade e à complexidade brasileira. Merece destaque a Lei 9.785/1999, que realizou alterações que buscavam facilitar a aprovação de parcelamentos populares ou habitações de interesse social e a regularização de loteamentos e desmembramentos que não possuíam autorizações ou que foram feitos em desacordo com a respectiva licença.

Os principais pontos desta Lei são conforme o seu artigo 4º: identificação da delimitação de parâmetros legais para o loteamento e para o desmembramento, institutos pelos quais o parcelamento do solo acontece e, previsão sobre a necessidade das Prefeituras realizarem a divisão dos Municípios em zonas destinadas à identificação dos usos permitidos e de índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo diferenciados em cada zona, incluindo as áreas mínimas e máximas de lotes e seus coeficientes máximos de aproveitamento.

Para que seja viável a realização do parcelamento é obrigatório que o terreno tenha infraestrutura básica, com iluminação pública, abastecimento de água potável, esgoto, energia elétrica domiciliar e vias de circulação. Os loteamentos devem destinar áreas a sistemas de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário e também espaços livres de uso público proporcionais ao número de habitantes. O Poder Público pode definir faixas *non aedificandi* em ambas situações.

Observa-se que os componentes da estrutura urbana de loteamentos são transformados em requisitos para o parcelamento tornando-se fundamento para a legalidade do parcelamento perante o ordenamento jurídico.

Apesar da Lei nº 6.766/99 não citar o termo regularização fundiária de interesse social, ela relaciona aspectos que, mesmo de forma indireta, a envolvem. Cria

²³ A última alteração foi realizada pela Lei 12.608, em 2012.

exceções às regras que a Lei estabelece nos casos em que o loteamento ou desmembramento tenham como finalidade a realização de programas habitacionais que sejam de interesse social ou parcelamentos populares.

Mesmo que a regularização fundiária não seja o objeto do diploma, ela é por ele abordada de uma maneira tímida sendo a primeira legislação federal que reconheceu diferentes padrões de parcelamento, uso e ocupação do solo diante de projetos voltados para as populações mais carentes.²⁴

Como exemplo pode-se citar o artigo 4º, II, que estabelece exceção à regra da área mínima de 125m² e frente mínima de 5 metros para lotes, quando o loteamento for destinado à construção de conjuntos habitacionais de interesse social; o artigo 18, §4º e §5º atenua a exigência de título de propriedade para o registro do loteamento ou do desmembramento nos casos de parcelamento popular e prevê como alternativa a disponibilização de cópias autênticas da decisão que concedeu a imissão provisória na posse, do comprovante de sua publicação na imprensa oficial, do decreto de desapropriação e no caso de formulação por entidades delegadas, da lei de criação e de seus atos constitutivos.

2.1.4.2. ESTATUTO DA CIDADE - LEI FEDERAL 10.257/2001

Ao contrário da Lei nº 6.766/79 o Estatuto da Cidade prevê diversos dispositivos cujo objetivo é a regulamentação de instrumentos que podem ser utilizados em processos de regularização fundiária urbana de interesse social.

O Estatuto da Cidade traz em seu artigo 2º, XIV que as diretrizes para a política urbana são a urbanização de áreas ocupadas por população de mais baixa renda e a regularização fundiária, que tem como objetivo a ordenação do desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Observando-se alguns pontos da regularização fundiária chega-se ao entendimento de que este é um mecanismo que pode ser utilizado como fundamento para o estabelecimento de exceções ou diferenças normativas no que tange à urbanização, uso e ocupação do solo. A regularização fundiária e a urbanização são

²⁴Saule Júnior afirma que a admissão de tamanhos de lotes diferenciados para loteamentos de interesse social, mesmo não tenha sido alterado o regime jurídico para a produção de moradias de interesse social, representou um avanço, ao possibilitar a regularização pelo Município de casas populares construídas em parcelamentos informais. (SAULE JÚNIOR, 2004).

ações distintas, mas interligadas e compreendem aspectos relacionados ao uso e ocupação do solo e das edificações.

No segundo capítulo do Estatuto da Cidade são identificados os instrumentos da política urbana. No artigo 4º, V, 'q' do diploma, a regularização fundiária aparece como instituto jurídico²⁵ em que não são estabelecidos limites, ou seja, há a possibilidade de entendimento que o conteúdo da regularização fundiária extravasa o previsto no artigo (BUCCI, 2006).

Mais elementos são agregados ao conceito no artigo 4º, V, 't'²⁶. Nos artigos 26, I²⁷ e 35, III²⁸, a regularização fundiária se transforma na fundamentação para o uso de demais instrumentos previstos no Estatuto da Cidade como o direito de preempção, demarcação urbanística e a transferência do direito de construir.

A regularização fundiária também empregada na identificação de destinatários conforme o disposto nos artigos 2º, XIV e 35, III, traz o termo população de baixa renda. A legislação conduz à interpretação de que a regularização fundiária é reservada a outras espécies de destinatários. O artigo 4º, V, 't' e o artigo 26, I, não mencionam de forma expressa população de baixa renda como alvo da regularização fundiária, ou seja, não deixam claro que ela pode ser realizada tendo outros destinatários.

Quanto ao direito de preempção previsto no artigo 26, I, o Estatuto da Cidade não trata sobre a necessidade de que se tenha interesse social na regularização fundiária usada como fundamento para o exercício do direito de preempção, mas não é viável o exercício desse direito caso a regularização fundiária não possua interesse social. Uma compreensão diferente desta poderia autorizar o exercício do direito de preferência do Poder Público na aquisição de imóvel que teria como destinatário alguém que possui condições de participar da disputa por determinada área urbana no mercado formal. Por

²⁵ A regularização fundiária tratada neste artigo não pode ser classificada como instituto jurídico e sim como uma prática de enfrentamento de casos que estejam em desconformidade com o ordenamento urbanístico, registral ou civil. (DALARI; FERRAZ, 2002). A regularização fundiária pode ser considerada como ato de político capaz, direta ou indiretamente, atingir o regime das limitações. (ALMEIDA, 2004).

²⁶ Artigo 4 Para fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos. V – institutos jurídicos e políticos t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária.

²⁷ Artigo 26 O direito de preempção será exercido sempre o Poder Público necessitar de áreas para: I regularização fundiária.

²⁸ Artigo 35 Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, provado ou público, a exercer em outro lugar, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para os fins de: III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

isso, o uso da regularização fundiária apenas se justifica quando há verificação do interesse social (SILVA, 2012).

Através da análise do Estatuto da Cidade depreende-se que a regularização fundiária urbana é o instituto jurídico destinado à regularização de aspectos jurídicos de áreas ocupadas irregularmente, o que inclui a possibilidade de fixar diferenças normativas ou exceções no tocante à urbanização, uso e ocupação²⁹, que deve respeitar as normas ambientais, sem a prévia determinação dos destinatários, mas se houver interesse social deve ter a população de mais baixa renda como destinatária.

No que se refere ao caráter jurídico da regularização fundiária é necessário a realização de um breve estudo, uma vez que a legislação em análise não aborda uma delimitação sobre a abrangência desse conteúdo jurídico.

Há uma parcela jurídica da regularização fundiária que não necessita de prescrição mais objetiva da Lei, pois é decorrente do próprio instituto a legalização do domínio através de títulos da posse ou da propriedade àqueles que residem em áreas ilegais. A regularização da situação fundiária do terreno deve observar que quem faz o domínio útil nestes locais não possui título formalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico que o autorize a exercê-lo. O importante é o aspecto da ilegalidade no exercício do domínio útil do bem.

Fazer o reconhecimento desta parcela não significa a afirmação de que o conceito de regularização fundiária de interesse social seja restringido ao aspecto estritamente dominial. A parcela dominial da regularização fundiária é tão internalizada no próprio termo que a legislação não se preocupou em realizar qualquer delimitação neste sentido adotando a postura de que o conteúdo é decorrência lógica da expressão.

Mesmo de maneira superficial, o Estatuto da Cidade vai além desse conteúdo jurídico que simplesmente se relaciona à regularização da posse ou à titulação e prevê uma íntima relação entre regularização fundiária e a urbanização. O dispositivo a faz através do estabelecimento de uma possibilidade de flexibilização de normas que se referem à urbanização, uso e ocupação do solo e das edificações para a implementação da regularização fundiária (SILVA, 2012).

²⁹ Esta flexibilização em normas que se relacionam à urbanização, ao uso e à ocupação do solo é a possibilidade de utilização de institutos jurídicos-urbanísticos cujo objetivo é a ordenação de cidades de maneiras distintas, que permitam a regularização fundiária de interesse social. Como exemplo de institutos jurídicos-urbanísticos podemos citar o arruamento, o desmembramento, os índices urbanísticos (taxa de ocupação do solo, recuos, coeficiente de aproveitamento do solo, gabaritos) o loteamento, o solo criado. Observa-se, assim, que a flexibilização atinge normas que se referem à infraestrutura urbana e também, às normas específicas para cada lote (SILVA, 2012).

Amplia-se assim, o conteúdo da regularização fundiária ao abarcar a flexibilização dos aspectos urbanísticos, do uso e da ocupação do solo e das edificações neles se incluindo as normas relacionadas às infraestruturas urbanas (energia elétrica, saneamento, esgoto), à taxa de ocupação e aos coeficientes ou índices máximos de aproveitamento dos lotes, ao tipo de uso permitido em certa região, assim como as áreas máximas e mínimas de lotes e as ações jurídicas destinadas à adequação das ocupações irregulares em relação à titulação dos ocupantes.

Esta ampliação demonstra o reconhecimento da clara ligação entre regularização fundiária e urbanização mesmo que sejam institutos diversos. Por assim ser, o Estatuto da Cidade adiciona ao conteúdo jurídico da regularização fundiária a possibilidade de estabelecimento de normas distintas que se relacionam à urbanização, ao uso e à ocupação do solo e das edificações (SILVA, 2012).

2.1.4.3. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA - LEI FEDERAL Nº 11.977/2009

O marco jurídico em esfera federal sobre a regularização fundiária urbana de interesse social é a Medida Provisória nº 459/09, que foi convertida na Lei Federal 11.977/09, que institui o Programa Minha Casa Minha Vida, inaugurando uma nova política habitacional com objetivo de promover a construção de moradias populares em grande escala no Brasil.³⁰ O conteúdo do termo regularização fundiária foi positivado da seguinte maneira na referida Lei.

Artigo 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Consagra-se uma concepção ainda mais abrangente em comparação ao previsto no Estatuto da Cidade, pois foram inseridas no conceito de regularização as medidas

³⁰ Durante a elaboração do Programa Minha Casa, Minha Vida, possivelmente devido às críticas de que as propostas iniciais do governo consideravam apenas construções novas e não se referiam à regularização dos assentamentos preexistentes, os formuladores da MP nº 459/09 buscaram no PL nº 3057 a seção da regularização fundiária de interesse social e a incluíram com alterações positivas na MP que foi convertida na Lei Federal 11.977/2009 (FERNANDES, 2012).

ambientais e sociais que objetivam a regularização de assentamentos irregulares além das medidas jurídicas previamente abordadas. Também foram incluídas, de forma mais expressa, medidas que antes eram consideradas urbanísticas como, por exemplo, a instituição de exceções no que se refere ao zoneamento e a criação de diferentes padrões de construções.³¹

A relação fundiária dominial e a intervenção urbanística, que se inserem no conceito de regularização fundiária, se tornam ainda mais claras quando o artigo 53, da Lei em análise traz que o projeto de intervenção é requisito para o início do processo de regularização fundiária.

Reconhece-se também que em poucos casos o aspecto dominial e a intervenção física, que tenha como objetivo a melhora das condições de acessibilidade, habitabilidade e acesso a serviços públicos, acontecem de maneira sucessiva. O artigo 55, parágrafo único prevê a possibilidade de se realizarem obras para que sejam implementadas infraestrutura básica e equipamentos comunitários pelo Poder Público mesmo antes da conclusão da regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis.

Vale ressaltar que o artigo 47, IX, que foi acrescentado pela Lei Federal nº 12.424, estabelece que a regularização fundiária é composta pelas etapas de medidas jurídicas, urbanísticas e ambientais. Percebe-se uma procedimentalização do conteúdo de regularização fundiária que passa a ser compreendida como um conjunto de atos e ações intersetoriais. Há uma aproximação da regularização fundiária do conceito de política pública³².

No que se refere aos destinatários da regularização fundiária a Lei Federal 11.977/09 traz duas modalidades de regularização fundiária a de interesse social e a de interesse específico.

Artigo 47. VII - a regularização fundiária de interesse social: regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda nos casos:

³¹ Apesar desta interpretação já ser possível com uma leitura do Estatuto da Cidade a nova normativa se torna mais evidente torna mais clara essa diretriz.

³² Políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. Disponível em http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticPublicas.pdf. Acesso em 09/06/2016

Em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos;

- a) De imóveis situados em ZEIS; ou
- b) De áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implementação de projetos de regularização fundiária de interesse social;

VIII- regularização fundiária de interesse específico: regularização fundiária quando não caracterizado o interesse social nos termos do inciso VII.

Mesmo que a previsão da modalidade de regularização fundiária de interesse específico seja uma possibilidade para a interferência do Poder Público, a lei deixa claro que a regularização fundiária urbana de interesse social é a que se destina a população predominantemente³³ de baixa renda³⁴.

A Lei 11.977/09 traz outra expressão para identificar a hipótese de incidência da regularização de interesse social: assentamentos irregulares, definidos como ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizados em áreas urbanas públicas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia.

O dispositivo restringe a abrangência dada ao instituto da regularização fundiária urbana prevista no Estatuto da Cidade que em seu artigo 2º dispõe sobre a possibilidade de a regularização fundiária ser aplicada a usos e a ocupações irregulares que não sejam necessariamente oriundas de parcelamentos irregulares, inclui no rol as irregularidades das ou nas edificações, ou seja, irregularidades muito frequentemente encontradas em conjuntos habitacionais e nas habitações multifamiliares irregulares (cortiços).

A referida Lei determina que a regularização fundiária urbana de interesse social é aplicável em somente três situações: quando a área for ocupada de forma mansa

³³ A expressão predominantemente é decorrente de uma situação fática observada em comunidades escolhidas para a implementação de programas de regularização fundiária de interesse social uma vez que nem todos os destinatários se encontram na definição de população de baixa renda. Observa-se que a legislação se preocupa em conferir este direito a comunidades nas quais haja o predomínio de população de baixa renda, objetivando evitar que exceções inviabilizem o direito de uma maioria de destinatários. (BALBIM, 2010).

³⁴ O termo população de baixa renda possui um conteúdo que varia de acordo com a época ou a fase econômica em que a política é implementada. Esta opção por manter este conteúdo aberto tem como finalidade permitir que a Administração Pública faça a adequação desse conteúdo ao momento de implementação da política. No entanto, existem casos em que a legislação adota uma renda máxima como determinantes da parte da sociedade a que se destina a ação ou qual parte é tida como de baixa renda. Estas hipóteses estão previstas no artigo 18-A, §1, do Decreto-Lei n. 9.760/46, alterado pela Lei 11.481/07 que considera regularização fundiária de interesse social aquela destinada a atender às famílias com renda familiar mensal não superior a 5 salários mínimos, ou, ainda, na Lei n. 11.124/05 que criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, que afirma que para a obtenção de recursos deste Fundo as ações devem ser destinadas à população com renda familiar mensal de até R\$ 1.050,00. Atualmente para ser caracterizado núcleo familiar de baixa renda é necessário renda de R\$ 2364,00.

e pacífica, há pelo menos cinco anos; no caso de imóveis situados em ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social) ou no caso de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implementação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Cabe ressaltar o que é considerado urbano na legislação vigente. O artigo 47, I e II estabelece duas possibilidades distintas para que ocorra regularização fundiária em área urbana ou urbana consolidada. Aquela por ser mais ampla, abarca esta e pode ser entendida como uma parcela do território contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por Lei Municipal específica. Esta compreende outros elementos que são: parcela urbana com densidade demográfica superior a 50 habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha no mínimo dois dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: drenagem de águas pluviais urbanas; esgotamento sanitário; abastecimento de água potável; distribuição de energia elétrica ou limpeza urbana e coleta e manejo de resíduos sólidos.

2.1.5. COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL

No federalismo nacional, que possui um rol considerável de responsabilidades comuns a todos os entes da federação, optou-se pelo estabelecimento de diretrizes representativas de uma divisão institucional do trabalho entre os Entes que é exercida de modo compartilhado (FARIA, 2010).

2.1.5.1. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

A distribuição de competências na Constituição Federal de 1988 é feita de maneira sistemática e se divide em competência legislativa e competência material ou administrativa.

Sobre a produção de normas ou competência legislativa no direito urbanístico³⁵, o artigo 24, I estabelece a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. A União determina normas gerais que podem ser complementadas pelos Estados e pelo Distrito Federal. A competência da União em

³⁵ A análise se faz a partir do artigo 24, pois o artigo 22 versa sobre a competência legislativa privativa da União, que não apresenta conteúdo aplicável neste estudo.

instituir normas gerais acerca da política urbana está presente ainda no artigo 182 da Constituição que ao definir a competência municipal para a execução da política de desenvolvimento urbano, destaca a necessidade de fixação de diretrizes gerais por Lei, subentendendo-se como federais, estabelecidas pelo Estatuto da Cidade.

O artigo 25, §3º, prevê aos Estados, além da competência suplementar, a possibilidade de criação de regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões que visem a integração da organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

No que se refere à competência dos Municípios o artigo 30, I e VIII, da Constituição estabelece ser legislar sobre assuntos de interesse social local e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano compreendendo a esfera legislativa. O artigo 182, §1º estabelece que o Plano Diretor, que deve ser aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico da política urbana.

Para a produção de normas relativas ao desenvolvimento urbano a Constituição prevê a necessidade de existência de normas gerais aplicáveis nacionalmente e, ao mesmo tempo, normas específicas que levem em consideração as peculiaridades locais. Observa-se que aos Estados compete apenas suplementar as normas gerais que forem editadas pela União e que só podem ser concretizadas por normas municipais.

A regularização fundiária de interesse social está presente nas normas que tratam sobre o desenvolvimento urbano e o direito urbanístico³⁶ e todos os entes federativos possuem responsabilidade em sua formulação. À União compete instituir normas gerais; aos Estados a suplementação das normas no que lhe couber e a instituição de regiões metropolitanas que tenham como objetivo a integração de Municípios na tentativa de resolução das irregularidades das ocupações e aos Municípios, desde que não aja conflito de normas, cabe legislar sobre os temas de interesse local.

A busca pela organização constitucional dos entes federativos em matéria urbanística, em seu âmbito normativo, é concatenada e harmonizada. A União disciplina aspectos gerais nacionalmente deixando aos Municípios a competência de adequação da legislação às peculiaridades locais e aos Estados, a suplementação das normas gerais no

³⁶ Essa afirmação pode ser confirmada em uma análise do artigo 182, da Constituição Federal em que se reconhece ao Município a responsabilidade pelo desenvolvimento urbano.

que lhe couber. Observa-se a importância dos Municípios no que se refere à elaboração da política urbana, pois o principal instrumento que a concretiza é o Plano Diretor, que é de competência municipal.

Sobre a competência material não existe tal coordenação entre os entes, e o Município possui um papel de destaque na execução da política urbana.

O artigo 21, XX estabelece a competência federal na instituição de diretrizes sobre o desenvolvimento urbano, dentre elas, a habitação, e o inciso IX define ser competência da União a edição e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.³⁷ O artigo 23, IX e X define a competência comum de todos os entes da federação na promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e na promoção de ações com o objetivo de combate à pobreza e dos fatores de marginalização, buscando a integração social das parcelas menos favorecidas da população.

Tais assuntos se conectam de alguma maneira com a regularização fundiária, pois, por exemplo, a construção de moradias se relaciona com a adequação dos loteamentos com as determinações urbanísticas como também a uma política preventiva de oferta de moradia. A melhoria das condições habitacionais pode ser entendida como uma das vertentes da segurança jurídica da posse, acesso a serviços públicos e habitabilidade. Neste pensamento, a regularização fundiária pode ser entendida como uma política de combate às causas da pobreza e à marginalização e como um agente de promoção da integração social das classes menos favorecidas (BONDOKI, 1994).

Na execução material o *caput* do artigo 182 confere destaque aos Municípios ao definir que a política de desenvolvimento urbano é de competência material e tem como metas a busca pelo desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus manifestantes.

Os Estados, ao se analisar a competência material, possuem um papel de pouco destaque conferido pela Constituição Federal. Sua importância equipara-se à da União, excetuando-se as regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões.

No que se refere às regiões metropolitanas o diálogo entre a competência estadual e a relativização da competência municipal não está concluído. Uma vez que ao se analisar o contexto político-institucional em que há harmonia entre as três esferas

³⁷ Mesmo que o *caput* do artigo não indique expressamente que essas situações possam ser consideradas como casos de competência material, a doutrina as considera como tal, devido à natureza das obrigações. (SILVA, 2001).

governamentais, a problemática existente no planejamento e na execução de políticas se torna visível na relativização da autonomia dos Municípios, não só em relação ao Estado, mas com os outros Municípios combinada à desigualdade intra e inter-regional que cria os desequilíbrios, especialmente, quando aliados nas regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões (SOUZA, 2004).

Em um estudo sobre a distribuição de competências pode ser comprovado que a Constituição responsabiliza todos os Entes, em maior ou em menor medida, na tentativa de regulamentação e execução das políticas destinadas à ordenação do espaço, à inclusão social e à construção de habitações populares urbanas, sem deixar de analisar o caráter descentralizador do texto constitucional ao conferir ao poder municipal papel de destaque no âmbito da execução e formulação da política de desenvolvimento.³⁸

2.1.5.2. COMPETÊNCIA NA LEGISLAÇÃO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL

Após a análise dos ditames constitucionais sobre as competências federativas dos Entes torna-se necessário o estudo das competências estabelecidas pela legislação infraconstitucional na tentativa de identificar os aspectos que ajudam na compreensão das conclusões acima expostas e na identificação dos complementos que podem ser extraídos da legislação federal ordinária³⁹ e para isso serão utilizados o Estatuto da Cidade, a Lei do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e a Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida.

No Estatuto da Cidade a competência é tratada em seu artigo 3º que prevê ser competência da União legislar sobre normas gerais do direito urbanístico; sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, buscando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das

³⁸ Ressalta-se que a descentralização e fortalecimento dos municípios ou dos organismos locais não é algo que se nota apenas no Brasil, este fenômeno pode ser observado em toda a América Latina. Os problemas oriundos no processo são vistos em uma análise mais ampla. Esta tendência implica que uma responsabilidade crescente de regularização recai sobre as autoridades urbanas, e por sua vez, mostra outros problemas também importantes: a capacidade institucional, o aprendizado e a disseminação das melhores práticas, o desenvolvimento da capacidade e da responsabilidade fiscais, a continuidade dos programas por meio das diferentes administrações, a coordenação e a implementação de programas em uma jurisdição metropolitana (WARD, 2007).

³⁹ Sob o risco de afronta ao pacto federativo e de ser inconstitucional a legislação infraconstitucional não pode regular a repartição de competências. Ocorre que nem sempre a distribuição de competências abrange todos os temas de forma direta ou detalhada cabe à legislação infraconstitucional detalhar estas competências respeitando os limites estabelecidos na Constituição (SILVA, 2001)

condições habitacionais e de saneamento básico; instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos e a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

O Estatuto da Cidade neste ponto repete o que está previsto no texto constitucional, sem conferir qualquer delineamento, trazendo destaque apenas para as atribuições da União. O documento também enfatiza a função dos Municípios ao condicionar a eficácia de alguns instrumentos à legislação municipal específica ou prevista no Plano Diretor. Pode-se citar o artigo 5º que trata sobre as sanções para imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados; o artigo 7º que estabelece as regras sobre a progressividade do Imposto Territorial Urbano; o artigo 33 que trata sobre as operações urbanas consorciadas e o artigo 35, que regula a transferência do direito de construir.

O Estatuto da Cidade reforça a importância e a competência da União e, ao mesmo tempo, reconhece o papel de destaque municipal na execução da política urbana.

O movimento no sentido da descentralização e autonomia municipal no texto constitucional de 1988 é consequência da ruptura com o sistema centralizado até então existente e uma resposta às reivindicações dos Municípios durante o processo de elaboração da nova Constituição. Embora a descentralização tenha uma garantia formal, ela possui distorções decorrentes da capacidade econômica e institucional dos Municípios.

Maria Cristina MacDowell destaca a dependência municipal das transferências correntes e vinculadas feitas pela União.

Em seu conjunto, os municípios apresentam um indicador de autonomia restrita a 33%, o que significa que apenas esse percentual de receita corrente é gerado por meio da arrecadação de tributos ou outras receitas próprias. O mesmo pode ser interpretado de outra forma: as transferências representam 66,2% do total das receitas correntes em 2004. E quais as consequências do retorno das transferências vinculadas? O principal impacto, sob o ponto de vista do governo local é a redução do poder discricionário dos governos locais quanto à alocação desses recursos (MACDOWELL, 2004).

Evidencia-se que os Municípios dependem de recursos e, em especial, daqueles oriundos do governo federal. Justificando-se o porquê de o Estatuto da Cidade só elencar a União, destacando o seu papel na implementação da política urbana.

A Lei do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei Federal 11.124/2005) busca dar operacionalização às diretrizes constitucionais acerca das competências visando a organização das atribuições dos entes federados.

Posto que a definição de atribuições para a União⁴⁰, Estados, Distrito Federal e Municípios é uma maneira de articulação de ações com vistas a atingir seus objetivos⁴¹, o artigo 17 da Lei nº 11.124/05 que versa sobre as atribuições dos Estados, Distrito Federal, Municípios, apenas dispõe que os Estados que aderirem ao SNHIS devem trabalhar como articuladores das ações do setor habitacional no âmbito do seu território, buscando a promoção da integração dos planos habitacionais dos Municípios aos planos de desenvolvimento regional através da coordenação de ações integradas que demandem a intervenção intermunicipal especialmente em áreas complementares à habitação, e apoiando os Municípios para a implementação de seus programas habitacionais e das suas políticas de subsídios.

Observa-se que o SNHIS não define de uma forma estruturada e coordenada quais ações devem ser adotadas pelos Entes. Destaca apenas o papel da União no processo de coordenação e de alocação de recursos.

A Lei que institui o programa Minha Casa, Minha Vida no que tange à regularização fundiária reforça os aspectos da distribuição de competências supramencionados. No artigo 50 estabelece ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção da regularização fundiária e no artigo 49 determina ser de competência do Município a execução e adequação da política aos aspectos locais que o autorizem a dispor acerca do procedimento de regularização fundiária. Já o artigo 51 assegura aos Municípios a definição de requisitos específicos que se relacionam ao projeto de regularização fundiária.

⁴⁰ Artigo 14, 15 e 16 da Lei Federal n. 11124/05

⁴¹ Os objetivos são a viabilização para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; implementação de políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e articulação, compatibilização, acompanhamento e apoio a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

O Programa Minha Casa, Minha Vida possui como requisito para aquisição de novas unidades habitacionais ou para a requalificação de imóveis urbanos, produção ou reforma de habitações rurais que a unidade familiar tenha renda mensal de até R\$ 4.650,00.

Esta Lei origina um sistema de relacionamento interfederativo para conseguir realizar o que por ela foi proposto. Define que a União é responsável pela disponibilização de recursos que serão utilizados pelos outros entes federativos, que devem respeitar as diretrizes por ela definidas como, por exemplo, os destinatários do benefício. Estados, Distrito Federal e Municípios devem apresentar contrapartidas como a doação de terrenos localizados em zona urbana consolidada para que sejam implementados os empreendimentos ao programa vinculados.

2.2. EM PORTUGAL

2.2.1. URBANIZAÇÃO E ACESSO A MORADIA

O processo de urbanização português oriundo da industrialização dos anos 60 teve em Lisboa e em Porto seu maior expoente, criando locais marginalizados nos quais seus moradores se encontram em situação de pobreza e exclusão social.

Com o incremento no número de indústrias, o crescimento na área da construção civil e o movimento de independência das colônias africanas, Lisboa, a partir da década de 1960, se deparou com a necessidade de atração de mão de obra. Situação que foi contornada com a chegada de imigrantes não qualificados, principalmente cabo-verdianos. Esta mão de obra se fixou especialmente na zona portuária de São Bento. Os europeus que chegaram ao país, por sua vez, passaram a habitar áreas no interior da capital e no litoral (Estoril e Cascais). Iniciou-se, dessa forma, a segregação do território que se ampliou ainda mais após a chegada dos habitantes das antigas colônias (VASCONCELOS, 2004).

O processo de descolonização das colônias africanas de 1974 a 1976 foi responsável pelo retorno a Portugal de 500 a 700 mil pessoas. Este grupo nomeado de “os retornados” se dividiu em três subgrupos: os naturalizados, cidadãos que com base em acordos foram naturalizados; a população do império, que depois de 1975 passou a ser considerada estrangeira e os brancos portugueses, habitantes das províncias

ultramarinas. Mais da metade dos retornados passou a habitar a região metropolitana da capital gerando alterações no mercado imobiliário.

A população africana mais carente foi a mais afetada neste contexto, por não possuir apoio na chegada em Portugal, se instalou nos Municípios da primeira coroa metropolitana lisbonense, nos denominados bairros clandestinos⁴², residindo em barracas e em terrenos expectantes. Também se instalaram em Municípios periféricos com casas disponíveis a preços que podiam pagar (VASCONCELOS, 2003).

Durante os anos 80, Portugal passou por um processo de emigração de mão de obra qualificada para países da União Europeia e para os Estados Unidos. Um fluxo contrário ocorreu devido à construção civil ter atraído ao país uma população não qualificada oriunda dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa mantendo a segregação espacial existente.

A cidade de Porto, a partir do final do século XIX, passou a receber um elevado número de migrantes oriundos da zona rural devido ao processo de industrialização local. Estes habitantes passaram a residir na zona mais antiga da cidade o que ocasionou uma densificação populacional e divisão espacial dos moradores, fatores responsáveis pelo surgimento das casas da malta. Já o interior da cidade sofreu um processo de expansão dos números de alojamentos operários, as denominadas ilhas que são compostas por pequenas habitações com áreas comuns. A partir da década de 1930 foram erguidos os bairros de casas econômicas pela Administração Central (VASCONCELOS, 2003).

Ao se analisar as outras regiões portuguesas observa-se que o ritmo de urbanização é intensificado entre 1960 e 1970. O país evoluiu para um sistema de povoamento que se caracteriza por dois aspectos básicos: urbanização da população e migração das áreas rurais. Este modelo de urbanização tem como resultado a existência de duas regiões metropolitanas, Lisboa e Porto, com grande dimensão populacional e física; uma longa faixa litorânea com urbanização difusa em que se encontram sistemas urbanos polinucleados com diversos centros urbanos, que pelo padrão europeu, não

⁴² Também conhecidos como áreas de gênese ilegal, devido à definição da Lei 91/95, se encontram nas maiores cidades do país e nas zonas litorâneas. Podem ser vistas várias situações, especialmente, áreas ocupadas por construções de primeira habitação e áreas em que o número de habitações secundárias é elevado. São caracterizados pela ausência de espaços públicos, de áreas verdes urbanas, passeios e espaços públicos de convívio, de infraestrutura e pelo caráter precário e desorganizado dos arruamentos e são isoladas em termos de transportes públicos. A grande maioria dessas áreas surgiu em locais com pouca ou nenhuma vocação para ocupação urbana, localizados em encostas, terrenos geologicamente instáveis e com edificação perigosa (Cravinho, 2006).

podem ser considerados como cidades médias e o interior é marcado pela existência de cidades pequenas e médias que podem configurar eixos e sistemas urbanos multipolares.⁴³

Como resultado do processo de urbanização português devido aos fluxos migratórios (CRAVINHO, 2000/2006) tem-se no país um parque habitacional insuficiente o que corrobora para o surgimento de loteamentos clandestinos à margem das cidades. Estes lotes foram adquiridos pelos moradores dos bairros de barracas que não possuíam recursos para adquirir uma casa (CARVALHO, 2001).

O solo, que anteriormente era utilizado para agricultura, foi parcelado pelos seus proprietários e vendido sem infraestrutura e licenciamento. Os terrenos que não possuíam valor comercial foram ofertados para as parcelas mais carentes da população que não possuía recursos para adquirir os lotes legais. Com a compra dos terrenos, a construção das casas que não possuíam autorização municipal precisava ser feita rapidamente e nos finais de semana para fugir da fiscalização e da demolição (MATPS, 2001).

O D.L. 3.3921/44 determinava que para o loteamento urbano era necessária licença obrigatória nos perímetros urbanos estabelecidos nos planos de urbanização. Este diploma foi alterado em 1951 sendo estabelecido que o licenciamento também deve ser feito nas áreas rurais de proteção e em volta dos aglomerados urbanos. A autorização municipal não era exigida nos casos de construções realizadas para apoio à agricultura servidas por arruamentos, respeitando-se os limites mínimos das unidades de cultura.

O D.L. 46673/1965 reconheceu aos particulares o direito para a realização do loteamento de seus terrenos com base nos planos por eles elaborados conceitualizando, assim, loteamento urbano como o fracionamento por venda ou locação de terrenos que se situam em zonas urbanas ou rurais quando destinados à construção. Estes loteamentos necessitavam de autorização da Câmara Municipal para que fossem considerados legais. A Administração, entretanto, despendia muito tempo para realizar a aprovação e elaboração dos loteamentos privados e dos planos de urbanização, o que contribuiu para o surgimento de loteamentos rústicos em lotes potencialmente urbanos, os denominados loteamentos ilegais (MATOS, 2001).

⁴³ Relatório da Proposta Técnica do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, anexo à Lei nº. 8/2007, de 4 de setembro.

Podem ser elencadas como causas fundamentais das construções ilegais a rigidez e a centralização do processo de planejamento e de licenciamento urbanístico e a escassez e o alto valor do solo promovido legalmente. Também pode ser apontado que os promotores legais não conseguiram adequar as casas ofertadas às necessidades da população contribuindo para o não acesso à propriedade do solo e da casa. Estes fatores foram agravados pelo baixo valor dos rendimentos da população, o elevado custo das residências se comparados com a renda média nacional e a baixa oferta no número de habitações privadas ou públicas em um contexto de desemprego na década de 1970 (FERREIRA, 1997).

No D.L. 576/70 a elevação do contingente populacional que habitava as cidades foi abordada como um movimento irreversível e mundial e responsável pelo aumento na demanda de habitações, pela necessidade de ampliação dos equipamentos sociais que exige aumento no número de terrenos disponíveis.

O Decreto 794/76 trouxe alterações nos princípios e nas normas fundamentais do decreto supracitado. Aos municípios foi autorizado o instrumento jurídico do direito à superfície e a vedação da alienação em posse plena do patrimônio fundiário na tentativa de prevenção de especulação imobiliária e, buscando-se uma rápida solução para o déficit populacional (MATOS, 2001).

Até o ano de 1973 a legislação não vedava o parcelamento do solo e muitas propriedades foram vendidas como lotes para construção. Ocorre que nas escrituras e no registro predial existia a previsão de venda de lote do terreno, porém não havia autorização para a construção nas Câmaras. Este quadro foi alterado com a publicação do D.L. 289/73 que tornou nulos os atos de fracionamento e celebração dos negócios jurídicos que envolvem terrenos pertencentes a loteamentos sempre que nas escrituras, títulos de arrematação ou outros documentos judiciais ou notariais não houver indicação do número e da data do alvará vigente. O dispositivo prevê também a recuperação das áreas em que existam loteamentos clandestinos, tornando possível a expropriação dos prédios como rústicos a não ser nos casos em que o loteamento já possuísse infraestrutura urbana (RAMOS, 2002).

Os loteamentos ilegais, no entanto, continuaram a surgir, a diferença ocorreu no fato de que antes a venda de lotes era realizada por meio de destaques dos terrenos e, após o D.L. 289/73 passou a ser feita em avos indivisos. O número de construções clandestinas continuou a crescer em um cenário de passividade do poder público que

não foi capaz de prever, de planejar e de instalar os migrantes (CARVALHO MATOS, 2001).

A problemática das construções ilegais foi apenas abordada no D.L. 804/76, alterado pelo D.L. 90/77. As áreas em que elas se encontravam foram definidas como aquelas em que existia um elevado percentual de construções sem licença exigida. Foram incluídas as construções existentes em loteamentos que também não possuíam licença. O artigo 9º do mencionado D.L. determinava a necessidade de a Administração entrar em contato com os proprietários e possuidores dos terrenos e das construções para que estes concordassem com o reordenamento dos lotes e para que pagassem as contraparticipações.

Este dispositivo, meramente repressivo, comprova que a Administração era incapaz de conter o surgimento dos loteamentos e das construções ilegais (FERREIRA, 1997) Em Lisboa e em Porto, em especial, os loteadores clandestinos continuaram a desempenhar um papel fundamental na construção direcionada para a população que possuía recursos para adquirir tais terrenos. Os adquirentes não possuíam direito sobre o lote comprado e sim direito em comunhão com todos os coproprietários (MATOS, 2001).

A necessidade de delimitação e planeamento de áreas especiais de intervenção foi tratada pelo D.L. 152/82 que tinha como objetivo dotar os aglomerados urbanos de áreas de expansão planeada evitando, especulação imobiliária em locais fundamentais para o desenvolvimento urbano. Substituiu os promotores privados pelo Poder Público.

Cerca de 800 mil novas habitações foram construídas durante a década de 1980, para uma ampliação de 226 mil novas famílias. Mas a crise habitacional portuguesa não foi solucionada, pois apenas 37% destes novos imóveis foram destinados à primeira moradia, 32% não tiveram saída no mercado devido à ausência de um regime de arrendamento e à limitação de crédito existente. O restante foi destinado à segunda moradia (VASCONCELOS, 2001).

Admitindo as falhas existentes nas legislações anteriores sobre construções clandestinas foi editada a Lei 91/95 que dispõe sobre o processo de reconversão das áreas urbanas originalmente ilegais. O referido diploma passou a ser conhecido como Lei AUGI e definia tais construções como prédios ou conjuntos de prédios contíguos que, não possuindo licença de loteamento, tenham sido objeto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção até a entrada em vigor do D.L. 400/84 e que em

seus planos municipais de ordenamento do território tenham sido classificadas como espaço urbano ou urbanizável. O artigo 3º ainda considerava como AUGI prédios ou conjuntos de prédios parcelados antes da entrada em vigor do D.L. 46.673/65, desde que estivessem em sua maioria ocupados por construções não licenciadas.

O dispositivo, por não atingir os objetivos almejados, foi alterado pela Lei n.º 165/99 que originou um conjunto mais completo de intervenções. O diploma tratou sobre a tentativa de impedir a ampliação no número de loteamentos clandestinos ao exigir maior rigor na intervenção municipal no processo de transferência de terrenos rústicos.

Um outro fator, além da legislação, que contribuiu para o surgimento de zonas urbanas ilegais em Portugal é o fato de que o mercado de arrendamento passou por períodos de congelamento de preços, o que diminuiu grandemente o número de imóveis disponíveis para aluguel. A legislação sobre arrendamento entende que o princípio do direito à propriedade dos senhorios deve ser respeitado, mas há a necessidade de garantir a função social da propriedade na habitação. Assim, determinados direitos dos inquilinos devem ser protegidos na tentativa de prevenir conflitos.

Atualmente, os principais problemas habitacionais em Portugal se encontram na degradação das periferias metropolitanas ao se analisar qualidade de vida, perda de inteligências, pessoas, capacidades e vidas. Uma questão que deve ser urgentemente resolvida é a das Áreas Urbanas de Gênese Ilegal que são problemas de ocupação anárquica e arbitrária do espaço urbano (CRAVINHO, 2000/2006).

As políticas sociais, culturais e políticas que visam o combate à pobreza devem ser integradas nos planos territoriais assim como as políticas de segurança pública, de transporte públicos e de habitação (OLIVEIRA, 2011).

Neste contexto em que há um planejamento territorial integrado surgem os instrumentos urbanísticos que visam a efetivação do direito à moradia para a população mais carente que serão analisados no próximo tópico.

2.2.2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REGULARIZAÇÃO E PROMOÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Os Direitos à Propriedade Privada e à Habitação estão previstos na Constituição da República Portuguesa devendo, no entanto, ocorrer intervenções

infraconstitucionais para que sejam protegidos. Interesses coletivos e até os particulares podem ser limitadores do direito à propriedade e programas infraconstitucionais não são necessários para sua garantia. O direito à habitação, por sua via, carece da implementação de normas para que seja assegurado à totalidade dos cidadãos e implica na garantia de moradias dignas para toda a população, não importando na propriedade pessoal e sim no seu exercício com dignidade.

O governo é responsável pela adequação do mercado imobiliário às necessidades das camadas mais pobres da população e para isso edita leis específicas que tem como objetivo a solução das questões habitacionais. Estes ordenamentos devem seguir as orientações das políticas habitacionais do modelo europeu, em que a regularização é realizada através da transferência dos moradores para bairros sociais. A posse do imóvel é regularizada com o decurso de tempo, no caso das propriedades resolúveis, ou por meio da locação.

A legislação referente aos instrumentos jurídicos sobre a aquisição de solos obedece uma hierarquia em que abaixo da Constituição encontra-se a Lei 31/2014⁴⁴, que versa sobre a Lei de Bases da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo que busca a promoção da habitação através da garantia de acesso igualitário aos solos e aos benefícios das políticas de ordenamento do território e urbanismo independente do poder aquisitivo. Deve ocorrer uma ponderação e conformação entre o direito à propriedade e demais direitos relativos ao solo com outros princípios constitucionalmente protegidos, em especial, o da habitação. (SILVA; ANTUNES; OLIVEIRA,2014)

Para a referida Lei, a gestão territorial tem como objetivo a execução de políticas de solos, de ordenamento do território e de urbanismo e a garantia da melhoria das condições de vida e de trabalho, a correta distribuição e localização das funções de habitação, a aplicação de uma política de habitação que seja capaz de resolver as carências existentes e a reabilitação e a revitalização do parque habitacional em detrimento de novas construções (SILVA; ANTUNES; OLIVEIRA,2014).

Em esfera nacional, o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT) (CORREIA, 2012) no que se refere à habitação elenca como

⁴⁴ Este diploma revogou a Lei 48/98, alterado pela Lei 54/2007

principais problemas da ordenação do território a diminuição na qualidade das áreas residenciais e o fato de que parcelas da população não possuem habitação digna.⁴⁵

O PNPOP ao considerar a vinculação entre a Administração Central e Local com ou sem colaboração da sociedade civil, no que se refere à habitação, na tentativa de melhoria da qualidade de vida urbana e do acesso à moradia digna, versa sobre a importância de elaboração e implementação do Plano Estratégico de Habitação (PEH).

Busca também a dinamização do mercado de arrendamento e do parque de habitações públicas, o incentivo para que sejam cumpridos os objetivos sociais pelos promotores imobiliários, a promoção da inserção nos instrumentos de planeamento municipais de objetivos sociais de luta contra a segregação urbana e de acolhimento e integração de imigrantes e de minorias étnicas, a complementação do Programa Especial de Realojamento (PER) e a implementação de programas municipais que consigam solucionar as carências habitacionais.

Observa-se, assim, que a problemática da habitação em Portugal não se restringe apenas à construção de novas unidades e à disponibilização de créditos para a aquisição de imóveis. Ela vai além e envolve a promoção da qualidade de vida, a integração social e a contenção da expansão urbana por meio da reabilitação de áreas depreciadas.

A seguir serão descritos os instrumentos que abordam a questão habitacional existente em Portugal e que atingem em sua grande maioria a população de mais baixa renda.

2.2.2.1. PROGRAMAS DESTINADOS AO REALOJAMENTO DE FAMÍLIAS CARENTES: PER E PROHABITA

Podem ser apontados como principais problemas no que se refere à moradia em Portugal os bairros marginais e a necessidade de reassentar as famílias que neles habitam. As operações de reabilitação urbana são uma tentativa de solucioná-los, pois são os pontos de contato entre a política urbanística e de ordenamento e a de habitação que melhor representam o combate à pobreza e a promoção da integração e da inclusão social (CORREIA, MONIZ, 2010).

⁴⁵ Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território – PNPOP. Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional. Portugal, 2007.

O Programa Especial de Realojamento nas Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto (PER), entrou em vigor em 1993 com a publicação do Decreto-Lei n.º 163/93, se caracterizando como uma decisão política cujo objetivo era a erradicação de barracas e de outras espécies de habitações precárias por meio da criação de novos bairros sociais destinados ao realojamento.

O Programa está a cargo do Governo Federal, mas sua aplicação e desenvolvimento são realizados a nível local, seja pelas Autarquias ou pelas Instituições Sociais (FREITAS, 2001). Dessa forma, o bom desempenho do Programa depende da dinâmica dos Municípios.

Para aderir ao programa é necessário a realização de um acordo entre o Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana (IHRU) e os Municípios, que, de acordo com o artigo 4º do diploma, devem proceder à realização de recenciamento dos núcleos de barracas presentes em seu território, caracterizar as famílias que devem ser realojadas, realizar um cronograma para a construção de novos empreendimentos e o plano para a aquisição de fogos e sua afetação aos agregados familiares que serão realojados.

O PER possuía financiamento bonificado pelo INH e por outras empresas de crédito. O IGAPHE realiza o financiamento com aproximadamente 50% do valor total. Por meio da concessão por empréstimos ou por fundo perdido observa-se certas particularidades como a taxa de bonificação privilegiada (75% da taxa de referência) e o fato de o financiamento estar disponível através de crédito em conta corrente (VILAÇA, 1997).

Objetivando o aceleração do reassentamento das famílias incluídas no PER foi criado o PER Famílias, através do Decreto-Lei n.º 79/96. Este novo programa permite que as famílias escolham o local e o fogo que seja mais adequado para o seu realojamento. O seu financiamento trouxe como vantagem o fato de as famílias poderem utilizar um regime misto de empréstimos e de comparticipação que seriam posteriormente aplicados na compra ou reabilitação das casas.

Devido à existência de diferenças entre o PER e outros programas municipais de reassentamento de famílias que residiam em favelas foi implementado o Programa de Financiamento para Acesso à Habitação (PROHABITA), em 2004. O programa tem como objetivo solucionar situações de grave carência habitacional de agregados familiares e a requalificação de bairros sociais degradados. Sua concretização ocorre por

meio da celebração de Acordos de Colaboração entre associações de Municípios, Municípios, regiões autônomas e o Instituto de Habitação e da Reabilitação Urbana (IHRU).

São considerados como agregados familiares carenciados aqueles que possuem rendimento anual bruto inferior a três remunerações mínimas anuais; que nenhum de seus integrantes possua outra habitação na área metropolitana do concelho do alojamento ou em concelho limítrofe e nem tenham escritas para efeitos fiscais outra residência no país e que seus integrantes não usufruam de apoios financeiros públicos para fins habitacionais.

O artigo 6º do Decreto-Lei 54/2007 estabelece que o acordo de colaboração tem vigência quinquenal podendo ser prorrogado, seu valor global é estabelecido em função do investimento total previsto para sua execução sendo concretizado com a contratação de um ou mais financiamentos fornecidos por meio de comparticipação a fundo perdido ou de empréstimo bonificado.

Devido a atual crise financeira mundial, que levou a um cenário de restrição orçamentaria, foi editado o Decreto-Lei 163/2013 que trouxe um modelo capaz de compatibilizar os financiamentos com as restrições orçamentárias e financeiras. Este decreto tem por objetivo a manutenção do financiamento visando a promoção da melhoria das condições dos bairros sociais degradados e o acesso à habitação por parte de agregados familiares que se encontram em situação de grave carência habitacional por meio de recursos oriundos do Banco Europeu de Investimentos.

Suas disposições são aplicáveis às candidaturas a acordos de colaboração apresentadas com base no Decreto-Lei 135/2004⁴⁶ já aprovadas quando da entrada em vigor do Decreto-Lei 103/2013.

Os empréstimos objetivam o financiamento da requalificação de bairros sociais degradados, nos quais os fogos estejam atribuídos no regime de renda apoiada e também para a aquisição ou reabilitação de edifícios ou de frações habitacionais devolutas a que se referem as alíneas d) e e) do n. 1 do artigo 112 do Decreto-Lei 135/2004⁴⁷, que se localizam em áreas de reabilitação urbana.

Quando não existirem ou forem inadequados os edifícios ou frações devolutas que se situem e áreas de reabilitação urbana, os empréstimos poderão ser concedidos

⁴⁶ Alterado pelo Decreto-Lei 54/2007.

⁴⁷ Alterado pelo Decreto-Lei 54/2007,

para a aquisição e infraestruturação dos terrenos e ou construção de empreendimentos realizados em regime de habitação de custos controlados incluindo as partes acessórias das habitações e os espaços destinados a equipamento social não importando sua localização.

2.2.2.2. HABITAÇÃO A CUSTOS CONTROLADOS

Este instrumento se constitui na construção ou aquisição de casas próprias ou para arrendamentos com o apoio financeiro estatal através de benefícios fiscais e financeiros.

A Portaria 500/97, de 21 de julho, dispõe sobre o pressuposto da qualidade e respeito aos limites estabelecidos para a área bruta, para os custos de construção e para o preço de venda para que estes apoios sejam concedidos.

A promoção destas habitações deve ser realizada pelas Câmaras Municipais, pelas instituições de solidariedade social, pelas cooperativas de habitação e pelas empresas privadas.

Já os promotores de habitações possuem linhas especiais de crédito a serem utilizadas em vertentes que vão da aquisição e infraestrutura dos solos à construção dos empreendimentos e do equipamento social ⁴⁸. Os valores máximos para o financiamento atingem 80% do valor venal das habitações com taxa de juro bonificado de até 1/3 da taxa de referência para o cálculo das bonificações ou taxa contratual.

Existem dois tipos de fogos admitidos no sistema cooperativo que são as propriedades coletivas e a individual. Naquela ele pode ser cedido como direito de habitação ou de inquilinato cooperativo. Neste, o fogo poderá ser transmitido pela cooperativa ao cooperador por meio de contrato de compra e venda.

O Decreto-Lei 165/2003 determina que os contratos de financiamento podem ser celebrados entre empresas privadas e o IHRU ou outra instituição de crédito autorizada legalmente. O prazo de financiamento é de até três anos, sendo possível a prorrogação por mais um biênio. Nos casos de o financiamento ser utilizado para outro fim, a bonificação recebida deverá ser restituída ao Estado com acréscimo de 20% sobre o valor total.

⁴⁸ <https://www.portaldahabitacao.pt/pt/portal/habitacao/programasapoio/custoscontrolados.html> . Acesso em 09/06/2016

As Habitações a Custo Social se destinam à venda para moradia, para arrendamento habitacional no regime de renda condicionada e para a venda a Municípios ou Instituições Particulares de Solidariedade Social, nos casos de arrendamento no regime de renda apoiada.

O valor total dos empréstimos nos casos de financiamento realizados pelas Câmaras Municipais e pelas Instituições Particulares de Solidariedade Social será definido pelas instituições financeiras e não pode ser superior a 100% dos custos das obras realizadas e dos encargos indiretos e a 85% do valor da avaliação nos casos de aquisição.

2.2.2.3. PROGRAMAS RELATIVOS À REABILITAÇÃO URBANA

Por reabilitação urbana temos o conjunto de ações estruturadas que objetivam uma planificação global cuja iniciativa compete ao Poder Público, com ou sem cooperação de particulares. Sua finalidade é a promoção da requalificação de zonas urbanas, com adaptação do património urbanístico e imobiliário para melhoria na qualidade de vida e da multifuncionalidade dos espaços urbanos ou verdes que possuem utilização coletiva (CORREIA, 2005).

O Decreto-Lei 307/2009 traz o instituto como fundamental para as políticas urbana e habitacional, pois nelas se encontram os fins da requalificação e da revitalização das cidades, especialmente, nas zonas mais degradadas e de qualificação do parque habitacional objetivando que seu funcionamento seja mais harmónico e sustentável, garantindo a todos uma habitação condigna.

Torna-se clara a conexão entre a reabilitação urbana e a política habitacional, pois por um lado aquela almeja a melhoria das áreas urbanas e da qualidade de vida, por outro o acesso à habitação condigna é facilitado devido aos incentivos económicos à reabilitação garantidos (CORREIA; MONIZ, 2010).

Assim, a reabilitação urbana não pode ser analisada apenas sob um prisma patrimonialista. A análise deve ser feita de forma global e integrada articulando a política urbana com demais políticas como, por exemplo, a de transportes, a de cultura e a social (OLIVEIRA, 2013).

A reabilitação é definida pelo legislador como uma espécie de intervenção integrada no tecido urbano existente em que os patrimónios urbanístico e imobiliário

são mantidos no todo ou em parte e modernizados por meio de obras nos sistemas de infraestruturas urbanas, dos equipamentos e dos espaços urbanos ou verdes e de obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição dos edifícios.

2.2.2.3.1. ÁREAS CRÍTICAS DE RECUPERAÇÃO E RECONVERÇÃO URBANÍSTICA

Este instrumento foi revogado pelo Decreto-Lei 307/2009, assim, as áreas que já existiam foram regulamentadas pela norma de transição do artigo 78 do mesmo diploma.

O Decreto-Lei se destina à recuperação, em especial, do parque habitacional existente em áreas históricas, zonas antigas e degradadas das cidades e que por se encontrarem em situação precária e gravosa necessitavam de atuação da Administração para a reversão deste quadro conforme previsão do artigo 41 do Decreto-Lei 794/76⁴⁹ (CORREIA, 2005).

A declaração de uma área como sendo crítica de recuperação e reconversão urbanística era realizada pelo Governo através de Decreto. Sua delimitação era competência das Assembleias Municipais sendo sujeita a uma gama de poderes e faculdades da Administração (CORREIA, 2005).

O artigo 78 do Decreto-Lei 307/2009 estabeleceu que as áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística deverão ser convertidas em uma ou mais áreas de reabilitação urbana em dois anos a partir da entrada em vigor do dispositivo. Já os decretos de classificação destas áreas, praticados ao abrigo do Decreto-lei 794/76⁵⁰ caducam em caso de não aprovação da conversão destas em áreas de reabilitação urbano no prazo supracitado.

A conversão ocorre por meio de deliberação da Assembleia Municipal, sob proposta da Câmara Municipal e deve conter a aprovação da estratégia de reabilitação urbana ou do programa estratégico de reabilitação urbana e pode ser feita através da aprovação do plano de pormenor de reabilitação urbana que deve incluir em sua área de intervenção a área crítica de recuperação e reconversão urbanística em causa.

⁴⁹ Alterado pelos D.L. 313/80 e 400/84.

⁵⁰ Alterado pelos Decretos-Lei 313/80 e 400/84.

2.2.2.3.2. ÁREAS URBANAS DE GÊNESE ILEGAL E CONSTRUÇÃO CLANDESTINA

São consideradas áreas de construção clandestina aquelas em que há elevado número de construções realizadas sem a licença legalmente exigida, incluindo as localizadas em terrenos loteados sem licença. Estas áreas podem ser objeto, de forma isolada ou em conjunto, de medidas de legalização, manutenção temporária e demolição imediata ou próxima (RAMOS, 2002).

Por se tratar de áreas extensas, em que residem elevado número de famílias, o valor gasto nas construções, o montante de encargos e o tempo que seria dispendido para o deslocamento dos agregados familiares para outras áreas justifica a existência de uma flexibilização das situações consumadas na medida em que se conclua viável a reconversão das áreas ao se considerar edifícios e infraestrutura indispensáveis.

Os artigos 14 e 15 do Decreto-Lei 804/76⁵¹ preveem a possibilidade da Administração Pública ceder lotes, em propriedade ou em direito de superfície ou conceder empréstimos ou subsídios não reembolsáveis aos possuidores de lotes ou construções clandestinas que se destinem à moradia e não sejam suscetíveis de legalização nos casos em que a privação do terreno ou a demolição da construção sejam consideradas prejuízo in comportável para o agregado familiar.

É importante destacar a Lei 91/95, que introduziu o novo conceito de “Área Urbana de Gênese Ilegal” designando, em uma abordagem jurídica, os loteamentos clandestinos considerados passíveis de reconversão urbanística no quadro da Lei e dos Planos Diretores Municipais em vigor (RAPOUSO, 2010). Estabelece o regime excepcional de reconversão urbanística de áreas urbanas de gênese ilegal (AUGI). Já as medidas previstas no Decreto-Lei 804/76 poderão ser aplicadas sempre que necessárias para a reconversão da AUGI pela Câmara Municipal conforme o previsto no artigo 31 da Lei 91/95.

As construções nas AUGI apenas poderão ser legalizadas com a entrada em vigor do instrumento que registre a operação de reabilitação, que se organiza seja como operação de loteamento de iniciativa dos proprietários ou comproprietários ou como operação de loteamento mediante plano de pormenor da Câmara Municipal respectiva. Os tipos de ocupação da proposta de reabilitação e os índices urbanísticos podem ser

⁵¹ Alterado pelo Decreto-Lei 90/77

outros além dos previstos no Plano Municipal de Ordenamento do Território (PMOT) vigente quando sua aplicação inviabilizar a operação de reconversão.

Por fim, a Lei 79/2013 alterou o artigo 57 da Lei supracitada e estabeleceu que para os efeitos de sua aplicação deveriam ser constituídas comissões de administração nas AUGI até 31/12/2014 que deveriam dispor de título de reconversão até 30/06/2015. O novo diploma estabeleceu também que as AUGI podem ser limitadas pelas Câmaras Municipais.

2.2.2.3.3. SOCIEDADES DE REABILITAÇÃO URBANA

O Decreto-Lei 104/2004, revogado pelo Decreto-Lei 307/2009, ao tratar sobre o Regime Excepcional de Reabilitação Urbana para as Zonas Históricas e Áreas Críticas de Recuperação e Reconversão Urbanística regulamentou as Sociedades de Reabilitação Urbanística (SRU).

Foi necessária uma intervenção estatal na tentativa de reverter o quadro de degradação das condições de habitabilidade, de salubridade, de estética e de segurança nas cidades portuguesas. Foi então conferido aos Municípios a possibilidade de constituição de sociedades de reabilitação urbana com o objetivo de promoção do procedimento de reabilitação (VILLAR, 2015).

As sociedades de reabilitação criadas com fundamentação no Decreto-Lei 104/2004, com base no artigo 79 do Decreto-Lei 307/2009, devem manter seu objeto social até que sejam extintas, passando a ser designadas como entidades gestoras em operação de reabilitação urbana determinadas de acordo com suas normas.

Os Municípios, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei 307/2009, devem em cinco anos aprovar a estratégia de reabilitação urbana ou o programa estratégico de reabilitação urbana destas áreas transformando a zona de intervenção das sociedades de reabilitação urbana, criadas sob a égide do Decreto-Lei 104/2004 em uma ou mais áreas de reabilitação urbana. Caso não seja respeitado este prazo as áreas da zona de intervenção não serão mais regidas pelas normas do Decreto-Lei 307/2009.

2.2.2.3.4. NOVO REGIME DE ARRENDAMENTO URBANO (NRAU) E O REGIME JURÍDICO DE OBRAS EM PRÉDIOS ARRENDADOS (RJOPA)

A Lei 31/2012 foi promulgada com o objetivo de alterar o novo regime do arrendamento urbano estabelecido pela Lei 6/2006, conferindo maior liberdade às partes do contrato.

O arrendamento urbano passou a ter dois fins: habitacional e não habitacional. Outra alteração importante é a estipulação do prazo de dois anos, na hipótese de não existir outro, para a extinção do contrato de arrendamento que antes era indeterminado. Nos casos de não quitação das rendas, encargos ou despesas por parte do arrendatário ou se este se opuser a realização de obras determinadas pelas autoridades públicas, o prazo para a resolução do contrato de arrendamento foi reduzido em conformidade com os artigos 1083 e 1085 do diploma legal em análise.

Importante mudança trazida pelo artigo 30 da Lei 31/2012 é o mecanismo de negociação de rendas, no qual as partes podem acordar um valor para o pagamento do arrendamento do imóvel. Esta novidade tem como objetivo a redução na quantidade de contratos celebrados com valores ínfimos para as rendas. O artigo 1001, “c” com a nova redação modificou o prazo mínimo de comunicação pelo senhorio para dois anos, nos contratos com duração indeterminada, nos casos em que o imóvel tenha que ser desocupado devido à demolição ou à realização de obra de remodelação ou restauração.

O Regime Jurídico das Obras em Prédios Arrendados (RJOPA), regulamentado pelo Decreto-Lei 157/2006, que conectava este regime à reabilitação urbana, foi reformulado pela Lei 30/2012. O regime da denúncia foi completado e desenvolvido pelo diploma. O RJOPA objetiva o apoio aos proprietários na conservação de seus imóveis ao conceder poderes e criar mecanismos de substituição dos proprietários quando eles não desejarem reabilitar seus prédios.

O novo diploma permite que a denúncia do contrato de arrendamento possa ser feita por comunicação ao arrendatário, a definição de valores mais baixos para indenização, a diminuição dos prazos para realojamento e o alargamento das hipóteses de aplicação da denúncia ou nos casos de suspensão do contrato para a realização de obras remodelação ou restauração (DIAS, 2013).

O dispositivo em análise traz em seu artigo 25 que nos casos em que o arrendatário tenha sessenta e cinco anos ou mais ou seja deficiente com grau de

incapacidade superior a 60%, nos casos de contratos de arrendamento celebrados antes da vigência do NRAU, o senhorio é obrigado a proceder ao realojamento.

2.2.2.3.5. REGIME DE REABILITAÇÃO DE EDIFÍCIOS OU DE FRAÇÕES DO DECRETO-LEI 53/2014

O Decreto-Lei 53/2014 determina que algumas normas previstas em regimes especiais relativos à construção não sejam temporariamente cumpridas quando as operações urbanísticas não criarem alterações, agravarem as existentes ou auxiliarem na melhoria das condições de segurança e de salubridade do prédio. Disposições técnicas cujo cumprimento possa gerar elevados custos e não sejam convertidas em melhor condição de moradia também tem sua dispensa garantida pelos artigos 3º e 4º do diploma legislativo.

Ao se analisar os artigos 5º ao 10º do Decreto-Lei observa-se a dispensa do cumprimento dos requisitos previstos nos regimes jurídicos acerca da acessibilidade, acústica, eficiência energética, qualidade térmica, instalações de gás e infraestruturas de telecomunicações.

Buscando promover a segurança jurídica, protege-se as operações de reabilitação realizadas com a dispensa destes requisitos para que elas não sejam afetadas pelo término da vigência do regime excepcional desde que o uso predominante habitacional seja preservado. Promove-se, assim, uma política urbana que responde às carências e aos baixos recursos existentes em um prédio já construído e que precisa ser recuperado (VILLAR, 2015).

2.2.2.4. PROGRAMAS DIRIGIDOS À JOVENS

Ao se considerar a carência habitacional aliada às novas necessidades habitacionais, em um cenário marcado pelas diferentes oportunidades de escolha da população, o Conselho de Ministros editou a Resolução do 128/2007 regulamentando a iniciativa Porta 65 -Jovem- que tem como objetivo a regulação de incentivos aos jovens arrendatários que tenham entre 18 e 30 anos de idade (solteiros, casados, que vivam em união de fato ou em coabitação) estimulando estilos de vida mais independentes por parte dos jovens que vivam sós, em família ou em coabitação jovem; a reabilitação do

edificado e de áreas urbanas degradadas e a dinamização do mercado de arrendamento.⁵²

O Decreto-Lei 308/2007, que aprovou o Programa, passou por uma segunda alteração realizada pelo Decreto-Lei 43/2010 com os objetivos de ampliar o âmbito dos rendimentos para acesso ao Programa, possibilitar candidaturas no primeiro ano de atividade e permitir a suspensão do apoio por iniciativa do beneficiário e candidaturas com base em contrato-promessas.

O Jovem ou os membros do agregado que pretendam se candidatar ao Programa não podem ser proprietários ou arrendatários com a finalidade habitacional de outro prédio ou fração habitacional. Já o rendimento mensal não pode ser maior do que quatro vezes a retribuição mínima mensal garantida na aceção prevista no n.º 1 do artigo 273 do Código de Trabalho.

O artigo 12 do Decreto-Lei trata sobre o apoio financeiro no âmbito do Programa Porta 65 que é concedido como subvenção mensal não reembolsável, durante 12 meses, prorrogáveis por meio de candidaturas subsequentes por até 36 meses. O valor é pago decrescentemente para cada 12 meses de atribuição.

A subvenção paga será aumentada quando a habitação se localizar em áreas urbanas classificadas como históricas ou antigas, áreas de reabilitação urbana, áreas críticas de recuperação e reconversão urbanísticas em 20%; áreas beneficiárias de medidas de incentivo à recuperação acelerada de problemas de interioridade elencadas na Portaria 147-A, em 10%, conforme o prescrito no artigo 13, I, do Diploma Legislativo. Poderá também ser acrescida em 10%, de acordo com o artigo 12, I, nos casos em que algum dos jovens ou dos elementos do agregado tiver uma deficiência permanente com grau de incapacidade igual ou superior a 60% e quando o jovem integrar dependentes.

Após a análise dos instrumentos jurídicos de regularização e de promoção do direito à moradia no Brasil e em Portugal será desenvolvido um estudo sobre o contencioso do urbanismo. Este se entende necessária, pois é vista como uma forma de desenvolver o estudo da Responsabilidade da Administração nos casos de regularização fundiária de interesse social no Brasil.

⁵² <https://dre.tretas.org/dre/218053/> acesso em 09/05/2016

2. O CONTENCIOSO DO URBANISMO

Cumpra inicialmente esclarecer que o no Brasil prevalece o sistema da jurisdição una, o que em primeira análise pode indicar uma contraposição com o sistema do contencioso administrativo. Entende-se, no entanto, que no Estado Democrático de Direito a satisfação do jurisdicionado é o objetivo de ambos os sistemas revelador de suas semelhanças.

O Direito não pode ser considerado uma lógica, mas sim experiência e o jurista não é um lógico, mas um engenheiro social (COUTURE, 2004). É com esta perspectiva de que os anseios sociais por uma prestação jurisdicional efetiva devem ser tratados pelos juristas, independentemente do sistema jurisdicional a ser aplicado que este estudo foi realizado objetivando a análise do Contencioso do Urbanismo no sistema francês como uma luz sobre o tema para os juristas brasileiros.

O contencioso do urbanismo se refere a todos os litígios relativos s decisões às diferentes ações da Administração Pública em matéria de urbanismo (LANZA, 1996); quando o descumprimento de procedimentos e regras do urbanismo afrontam uma norma penal ou quando o fato origina a responsabilidade civil do construtor.

Ele se divide em três juízos. O juiz administrativo que é competente por conhecer a legalidade dos atos e autorizações através dos recursos por excesso de poder ou na responsabilização das autoridades públicas; o juiz penal, que por sua vez, é responsável pela sanção dos empreiteiros que utilizam os terrenos sem autorização ou contra as prescrições urbanísticas e juiz civil que atua na condenação de particulares na reparação dos prejuízos que causaram ao infringir as regras urbanísticas (JACQUOT; PRIET, 2004).

No presente estudo será abordado o contencioso administrativo da responsabilidade. Por isso será dado maior destaque a este tema.

O controle do juiz administrativo tem como objeto o controle das ações realizadas pela Administração Pública. Estas ações devem respeitar tanto as regras de procedimento como a legislação que rege a ocupação e utilização do solo.

As formas de atuação do controle são formas clássicas como o controle de legalidade, que na maioria dos casos ocorre dentro do quadro de recursos por excesso de ação, podendo também ocorrer nos casos de recursos que verifiquem a validade de atos pela Administração proferidos. Assim, o juiz administrativo poderá dar conhecimento

ao recurso de indenização proferido contra o poder público pela aplicação incorreta das regras urbanísticas que venham a causar prejuízo aos administrados.

3.1. O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1.2. O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO OBJETIVO

A dicotomia entre direito subjetivo e interesse legítimo pode ser observada na forma de controle dos atos administrativos. No direito francês, por exemplo, os juristas classificam os recursos que o particular pode interpor contra a Administração observando-se os poderes do juiz no caso em concreto.⁵³

O contencioso de anulação e de jurisdição, são formas de divisão do primeiro critério. O juiz, nestes casos, pode reformar o ato que foi impugnado ou realizar a condenação da Administração Pública em pecúnia. Ao se mencionar jurisdição plena fica claro que o julgador possui poderes para julgamento mais amplos.

No contencioso de anulação, que tem como forma de expressão o recurso por excesso de poder, a função do magistrado será na preservação ou não do ato administrativo, sem existir a possibilidade para a realização de alterações, mesmo que parciais. Esta espécie de recurso possui maior aceitação que o de plena jurisdição, pois na primeira situação, o requerente tem acesso ao tribunal quando demonstra interesse pessoal e direto. Na segunda, deve ser apresentada a existência de um direito pessoal que tenha sido violado (como, por exemplo, nos casos de responsabilidade) (DEBBASCH; COLIN, 2004).

O contencioso de anulação não é responsável pela abertura de um processo entre os litigantes, mas sim frente ao ato administrativo o que não envolve nenhum direito subjetivo (QUIROGA, 1985).

Feita a análise desta dicotomia tem-se que suas consequências podem ser no procedimento de plena jurisdição a existência de duas partes no processo, que podem dele participar ativamente na produção e oferecimento de provas, por meio de amplo debate acerca de fatos e de direitos. Já as faculdades do juiz na sentença são variadas,

⁵³ Existem outras classificações sobre o tema. Bonnard se refere a contencioso de execuções materiais e contencioso da legalidade dos atos jurídicos. (BONNARD, 1940). Já Guy Debeyere e Paul Duez utilizam contencioso de excesso de poder, contencioso de plena jurisdição, contencioso de interpretação e contencioso da repressão (DUEZ,; DEBEYRE, 1952).

dentre elas a anulação total ou parcial do ato, oferecimento de outra coisa. Já no procedimento de anulação, a Administração não é parte do processo e por isso as funções do juiz na sentença são reduzidas, pois ele apenas pode afastar o recurso ou dispor a ilegalidade do ato durante sua análise com as normas positivadas (GORDILO, 2003).

Os contenciosos objetivo e subjetivo existem quando se invoca uma violação da legalidade em geral ou de sua situação jurídica, respectivamente (GORDILO, 2003).

Quando o contencioso administrativo objetivo prevalece há uma desvalorização processual do indivíduo, uma vez que o juiz administrativo geralmente é o juiz institucional do Estado que não avalia o interesse pessoal, e sim a lesão ao interesse objetivo administrativo (QUIROGA, 1985).

3.1.3. EVOLUÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Devido à tendência de uma estatização da participação do indivíduo no processo, atualmente vem-se desenvolvendo um debate acerca do fundamento teórico do contencioso administrativo na tentativa de diminuição das diferenças entre direitos subjetivos e interesses legítimos.

Garcia de Enterría (1994) dispõe que não existe direito pessoal à atuação administrativa conforme a Lei e sim um direito efetivo e inequívoco de que os atos da Administração não alterem nosso cotidiano a não ser por meio de procedimentos e competências legais.

Já Sérvulo Correia (2005) assevera que por mais que doutrina e jurisprudência procurem a extensão do conceito de direito subjetivo, o que se analisa é o acesso a tribunais administrativos que tenham como objeto a atuação da Administração. Observa-se uma restrição ao seu acesso, que pode ser explicado por um subjetivismo radical justificando, ao menos no plano qualitativo, questionamentos sobre a efetividade da tutela jurisdicional que é garantida aos cidadãos em face da Administração.

A evolução qualitativa do contencioso administrativo surge na tentativa de controle entre essas visões prestigiando-se a sua efetividade. No cenário europeu esta evolução pode ser explicada da seguinte forma: a justiça administrativa se aproxima de maneira gradual da justiça ordinária por meio da junção de órgãos à estrutura do Poder Judiciário e pela adoção dos parâmetros da jurisdição civil (FROMONT, 1992).

Esta evolução é consequência da constitucionalização do princípio da proteção dos indivíduos contra a Administração e do trabalho da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Ao se identificar na demanda um estímulo para o desenvolvimento de um processo judicial e da proteção de um direito é exigido que *standards* processuais sejam articulados, em especial, aqueles que favorecem a tutela judicial, principalmente, os que se referem à intensidade do controle judicial e à tutela cautelar (PORTALÉS, 2006).

A ampliação do constitucionalismo no controle judicial da Administração ocorre devido ao Direito Comunitário. A Corte de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em diversos casos determinaram que os Estados-membros aplicassem as normas comunitárias nos tribunais nacionais favorecendo aqueles que poderiam se beneficiar pelos princípios presentes nas diretrizes comunitárias (PORTALÉS, 2006).

Com essa postura, a jurisprudência do Tribunal Europeu leva à inclusão no rol dos direitos internos, ações que busquem a proteção de interesses legítimos constantes nas diretrizes comuns que não poderiam ter como modelo o recurso de anulação, uma vez que este não prestigiava a posição do particular (PORTALÉS, 2006).

Tem-se um deslocamento do objeto do processo do ato administrativo para a pretensão oposta pelo demandante (GONZÁLLES PÉRES, 2002). O recurso de excesso de poder, que tem como função anular determinado ato administrativo, perde sua primazia no sistema de controle devido ao papel desempenhado por outros institutos que possuem características mais cominatórias.

No direito português esta alteração de paradigma também pode ser observada. Até 1976 existia uma rígida separação de funções, através da inclusão dos tribunais administrativos na estrutura do Poder Executivo. Com a promulgação da Lei Constitucional nº 01/89 os Tribunais se tornam parte da estrutura do Poder Judicial como uma jurisdição especializada (FONSECA, 1991).

Com a revisão constitucional em 1982 passou a ser adotada a postura de que a garantia constitucional da tutela em face da Administração não poderia se esgotar na formulação de pedidos de estrita anulação de atos administrativos (ALMEIDA, 2004).

O processo de reforma foi reforçado pela revisão constitucional ocorrida em 1997, que alterou o eixo principal do contencioso administrativo para a tutela plena e efetiva dos direitos dos particulares. O artigo 268, números 4 e 5, do texto

constitucional traz claro as principais pretensões a serem deduzidas nos tribunais administrativos: impugnação de atos e de normas administrativas, adoção de providências cautelares adequadas, reconhecimento de direitos ou interesses, determinação judicial da prática de atos administrativos legalmente devidos (ALMEIDA, 2004).

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que foi aprovado no ano de 2002, trabalhou estes casos, trazendo novidades frente ao diploma anterior, pois criou novas modalidades de pedidos que satisfizeram as diferentes pretensões dos particulares, sem distinguir os níveis de proteção entre os titulares de direitos e os titulares de interesses legalmente protegidos, o que permite a atuação jurisdicional no caso de indícios resultantes da norma que sejam capazes de demonstrar a hipótese de sindicabilidade pelo particular (ALMEIDA, 2004).

3.1.4. EFETIVIDADE DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

O aprimoramento da justiça administrativa faz com que seus mecanismos de tutela se tornem cada vez mais incisivos uma vez que o judiciário não pode interferir na esfera administrativa causando eventual obstrução das atividades dos outros poderes.

O contencioso administrativo pode ser visto como uma eventual solução para esta questão, vez que afasta a atuação do judiciário e permite que a Administração controle seus atos. Caso ocorra do contencioso se inserir na estrutura administrativa, poderia a Administração agir incisivamente sem que houvesse limitações oriundas da separação de funções.

Ocorre que esta prática criou outro paradoxo, pois o juiz administrativo não pode emitir ordens que se dirijam à Administração. Pierre Devolvé (1992) aponta que:

No fundo, o princípio da separação entre as autoridades administrativas e judiciárias se tornou vítima de seus efeitos. Foi interpretado com uma interdição aos tribunais julgar a administração; mas como existem litígios entre administração e administrado, uma solução para esta questão teve que ser encontrada. Para a resolução de conflitos da forma mais justa, foi criada uma verdadeira jurisdição, de modo que quando essa jurisdição conhece os negócios administrativos, ela retorna à interdição dirigida aos juízes de se imiscuir nas funções administrativas e de turbar, de qualquer forma, as operações dos corpos administrativos.

Ou seja, ao se analisar a efetividade, os freios estabelecidos ao poder judiciário pelo modelo revolucionário foram estendidos à jurisdição administrativa.⁵⁴

O *arrêt* Elissonde, de 1976, consolidou entre outros precedentes, o princípio de proibição de injunções, que estabelecia que as demandas combinatórias que fossem impetradas contra a administração não poderiam nem ser aceitas e seriam extintas no início do processo (MÉLANGES, 2006).

A existência do *sursis à l'exécutio* também configurava a falta de um poder combinatório mais amplo, já que a lei na autorização do sobrestamento dos efeitos do ato administrativo, não concedia poder ao juiz no endereçamento de ordens para a realização de atos positivos. Este mecanismo cautelar se caracterizava pela permissão ao juiz administrativo, em determinadas situações, a realizar a suspensão da eficácia da decisão administrativa (MÉLANGES, 2006).

No ano de 1995 este princípio foi parcialmente derogado por meio da previsão de ordens para que a coisa julgada fosse executada. O juiz na análise de uma determinada situação passou a ter autorização para especificar o comportamento a ser adotado pelo destinatário da decisão, bem como o prazo para que ela seja cumprida, devido à força da coisa julgada (ALMIRANTE, 1996). É possível, igualmente, que *astreintes* sejam impostas como medida de reforço⁵⁵ em face da Administração e de seus agentes.

Jacqueline Morand-Deviller (2003) assevera que:

Mesmo que se apresente como uma derrogação a sua instituição pode ser considerada como um espetáculo. Não existem questionamentos de que com a Lei de 8 de fevereiro de 1995, uma página da história do contencioso administrativo foi virada.

A mudança no ordenamento torna claro, além da tendência de reaproximação das jurisdições processual civil com a contenciosa-administrativa, a intercomunicação entre os ordenamentos europeus com destaque para a influência da *Verpflichtungsklage* alemã.

⁵⁴ Os tribunais podem declarar o direito e, em determinados casos, realizar a condenação da Administração em indenização, mas não podem pronunciar injunções contra ela (WEIL, 1977)

⁵⁵ As *astreintes* antes eram previstas na Lei n. 80-539, de 1980. Neste dispositivo era permitido que em determinadas situações ela fosse imposta pelo Conselho de Estado. A Lei 95-125 generalizou o instituto permitindo, até mesmo, sua cominação pelos juízes de primeiro e de segundo grau. (ALMIRANTE, 1996).

Nesta via, que é utilizada na execução de sentenças condenatórias de obrigação de fazer existe a previsão para a intimação (*androhung*), liquidação (*festsetzung*) e a multa coercitiva (*zwangsgeld*) que não pode ser superior a dois marcos (BIFULCO, 2006) A grande diferença está presente em seu critério constitucional, pois no direito francês ainda existem resquícios da época pré-revolucionária, em que na ação administrativa eram impostas salvaguardas. A Lei Fundamental de *Bonn* criou a garantia de tutela dos direitos (*Rechtsschutzgarantie*) da qual decorre a possibilidade da execução forçada contra o Estado (SOMMERMANN, 2003).

Entretanto, esta garantia constitucional não garante a total isonomia entre os interesses da Fazenda Pública e dos particulares. Ela impõe ao legislador a obrigação de considerar tanto os interesses do indivíduo na realização efetiva de seus direitos como os interesses da coletividade na Administração (SOMMERMANN, 2003).

Este fenômeno ocorre também no direito administrativo português. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de 2002, prevê em seu artigo 169 a aplicação de multa contra titulares dos órgãos administrativos como forma de apoiar que suas obrigações sejam cumpridas. A *Verpflichtungsklage* pode ser considerada a precursora desta alteração (PIRES, 2004).

O direito italiano tem como fundamento o *giudizio di temperanza* (juízo de obediência) que tem como origem uma operação jurisprudencial que teve início durante os anos 20, do século XX, com o objetivo de conceder atuação às decisões oriundas do juiz civil. Com o passar dos anos houve uma evolução para que o contencioso administrativo se transformasse em um poder inerente à jurisdição (VERDE, 2001).

O juiz substitui a Administração inadimplente por auxiliares por ele nomeados a quem será entregue o dever de dar vida a atos subjetivamente jurisdicionais – pois foram emanados por órgãos de título judicial. O conteúdo, no entanto, não é bem definível *a priori*, pois os auxiliares em diversas situações deverão agir com critérios de discricionariedade (VERDE, 2001).

Assim, há uma substituição da atividade administrativa recalcitrante pela de funcionários *ad hoc*, que são designados pelo juiz com a competência para a prática de certos atos que são necessários para o cumprimento da decisão. Dessa forma, a infugibilidade da atividade administrativa é rompida (CARRATO, 2004).

No direito espanhol existe o instituto da *ejecución comissarial*, em que o juiz nomeia agentes que estão ligados a qualquer órgão da Administração para dar

cumprimento a suas ordens. Se os funcionários escolhidos pelo juiz forem parte do quadro de um diferente ente público eventuais despesas necessárias serão compensadas com recursos provenientes do ente negligente por meio do sistema de comunicação financeira entre os erários (GIL, 2006).

3.1.5. CAUSAS LÍCITAS QUE JUSTIFICAM A INEXECUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O reforço à autoridade das decisões do contencioso administrativo impõe a revisão das denominadas causas lícitas de inexecução (AMARAL, 1995).⁵⁶

O direito francês permite que Administração pública seja liberada do dever de cumprir a coisa julgada com a possibilidade de ratificação, por exemplo, dos atos judicialmente anulados. Existem limitações constitucionais e comunitárias que devem ser respeitadas, pois pode ocorrer que o legislador ao proceder à validação incorra em abusos, já que permite ao governo a satisfação de suas conveniências com o acordo que pode ser facilmente obtido com o Parlamento (CHAPUS, 2006).

A prevalência da decisão administrativa sobre a sentença pode advir da jurisprudência firmada no *arrêt Couitéas*⁵⁷. Os efeitos deste *arrêt* no tema do cumprimento das sentenças podem ser apontados como o autor, frente a decisão judicial passada em julgado, tem direito a apoio da força pública na garantia da execução do julgamento que lhe é benéfica. O governo quando demandado para a execução da coisa julgada deve apreciar as condições que envolvem a execução e tem o direito de rejeição do uso da força armada se houver riscos para a ordem e a segurança.⁵⁸

⁵⁶ Amaral (1967). O Brasil, no entanto, não há instituto similar. O grave prejuízo para o interesse público só pode ser apresentado como óbice ao cumprimento de decisões interlocutórias, ou sentenças ainda não definitivas. Quando há coisa julgada material e formal, este óbice é inaceitável no direito brasileiro. (Cavalcanti, 1995)

⁵⁷ *Arrêt* proferido em 1923 no qual o Conselho de Estado afastou a culpa (mesmo que anônima), admitindo a responsabilidade objetiva do Estado com base na repartição equitativa das cargas públicas entre os cidadãos. No caso em análise o Senhor Couitéas teve o reconhecimento judicial de um propriedade com área de 38.000 hectares na Tunísia, dessa forma, haveria a expulsão de cerca de 8 mil pessoas, que integravam tribos autóctones que viviam na área. O governo se recusou cumprir esta determinação, sob a alegação das consequências provenientes dessa operação militar. O Conselho de Estado, por sua vez, reconheceu que a conduta estatal atentava contra os direitos individuais do Senhor Couitéas, mas em favor do interesse geral. Não houve a execução do julgamento, porém o demandante teve seu direito à indenização garantido, com base na teoria do risco social, repartido com a sociedade em sua integralidade (LONG; WEIL, 2013).

⁵⁸ (JÉZE, 1925). Sobre o tema pode-se afirmar que quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem um direito de acesso aos tribunais este direito é concebido como uma dupla dimensão: 1- um direito de defesa frente aos tribunais e contra atos dos poderes públicos; 2- um direito de

Não se caracteriza um poder arbitrário da Administração, pois a recusa deve ser motivada e as questões utilizadas na identificação dos riscos para a segurança ou ordem pública devem ser apresentadas. O governo não pode invocar o descumprimento por razão de Estado (JÉZE, 1925).

O incidente é submetido à apreciação do Conselho de Estado, que no caso de acatamento transformará a prestação em perdas e danos, a ser indenizados pelos Estados, perante a inexecução da sentença (JÉZE, 1925).

O direito português admitia a inércia da Administração Pública mesmo que transcorridos os sessenta dias de prazo para o cumprimento da sentença que tinha como base a causa legítima de inexecução (JÉZE, 1925). O particular deveria, assim, retornar ao Judiciário e solicitar a análise deste óbice apresentado pelo Estado (AMARAL 1967)

Entretanto, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos de 2002 reduziu esta prática ao determinar que as causas legítimas de inexecução devessem ser analisadas pelo Tribunal no processo declarativo, prevenindo o surgimento apenas *a posteriori*, como jogada da Administração ou como expediente procrastinatório.

Estas causas só deveriam ser apresentadas na fase executiva na ocorrência de circunstâncias supervenientes ou quando a Administração não se encontrava em condições para invocá-las no momento correto.⁵⁹ A alteração do diploma foca-se na cognição judicial sobre o interesse público no momento declarativo do processo.

O direito espanhol extinguiu a categoria dos fundamentos de inexecução de sentença, não podendo haver suspensão do cumprimento do julgado nem a declaração de sua inexecução total ou parcial, conforme o artigo 105 do diploma legal acima referido.

Sensível aos conflitos entre a efetivação do julgamento e o interesse público, o artigo 105.3 do mesmo diploma prescinde do conceito de inexecução de sentença, mas permite que o Estado exproprie direitos, ou interesses legítimos reconhecidos frente à Administração em uma sentença firme, nos casos em que exista risco de alteração grave

proteção do particular por meio de tribunais do Estado no sentido de proteção do particular perante a violação dos seus direitos contra terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular exigir esta proteção. (CANOTILHO, 1999).

⁵⁹Artigo 163. Causas legítimas de inexecução 1 - Só constituem causa legítima de inexecução a impossibilidade absoluta e o excepcional prejuízo para o interesse público na execução da sentença. 2 - A causa legítima de inexecução pode respeitar a toda a decisão ou a parte dela. 3 - A invocação de causa legítima de inexecução deve ser fundamentada e notificada ao interessado, com os respetivos fundamentos, dentro do prazo estabelecido no n.º 1 do artigo anterior, e só pode reportar-se a circunstâncias supervenientes ou que a Administração não estivesse em condições de invocar no momento oportuno do processo declarativo.

do livre exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos, o temor fundado de guerra ou a quebra da integridade do território nacional (FERRARES, 2003). Esta é uma regra geral na qual os bens individuais podem ser expropriados em face do interesse social, o que não gera uma fragilização da isonomia e da efetividade do processo.

3.1.6. CAUSAS LEGÍTIMAS DE INEXECUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Entende-se como causa legítima que justifique a inexecução de uma sentença o fato invocado pela Administração que foi aceito pelo interessado ou reconhecido em juízo, que justifica o não cumprimento do dever de execução específica e por assim ser, obriga o pagamento de uma indenização compensatória ao titular do direito. Constituem-se em situações excepcionais que tornam lícita a inexecução de sentenças proferidas pelos Tribunais Administrativos.

No direito português existem duas causas legítimas de inexecução de sentenças previstas no número 1 do artigo 163, do Código de Processo de Tribunais Administrativos, são elas: a impossibilidade absoluta de execução da sentença e o excepcional prejuízo para o interesse público a mesma execução.

A LJCA dispõe que a causas legítimas para a suspensão ou não execução de uma sentença são: risco de grave perturbação da ordem pública; fundado temor de guerra; perda de funcionamento na integridade do território nacional, ou grave prejuízo do Tesouro (JOVER, 1999).

3.1.7. OBRIGAÇÕES DE CUNHO PECUNIÁRIO

No que se refere à execução das obrigações pecuniárias do Estado, existem diversas semelhança nos variados regimes do contencioso-administrativo.

No modelo alemão, o credor, em uma sentença favorável, tem o dever de informar à Administração sobre o seu interesse na efetivação do julgado e deve esperar o lapso de quatro semanas. Após este prazo pode promover a execução forçada em que o juiz exortará que o Estado cumpra o decidido no prazo de um mês. Se mesmo assim não tiver sido cumprida deve proceder às medidas de coerção e de sub-rogação (SOMMERMANN, 2003).

No modelo francês é concedido à Administração prazo de dois meses para o adimplemento de suas obrigações a partir da data da notificação. Se houver a necessidade de reforço financeiro, o prazo poderá ser ampliado para 4 meses.

A partir do julgamento existem juros moratórios sobre o valor devido se o juiz não determinar outro termo inicial. Se ocorrer uma extrapolação do prazo de adimplemento a taxa de juros é majorada em cinco pontos percentuais. O beneficiário pode ainda requerer a incidência de juros compensatórios caso a atraso ocasione um prejuízo diferente do que seria reparável com os juros moratórios. Deve, entretanto, comprovar que o atraso ocorreu por má vontade do devedor (RENÉ, 2006).

No sistema espanhol até 1998 não existia propriamente dito o instituto da execução forçada. “A execução correspondia à própria administração, atribuindo-se à jurisdição unicamente faculdades cominatórias que, como tais, não se podem considerar em termos estritos medidas diretas de execução.” (FERRARES, 2003)

Após a promulgação da Lei de Jurisdição Contencioso-administrativa a decisão exequenda deverá ser comunicada ao ente público em um prazo de 10 dias. A administração em 10 dias deve devolver o comprovante da notificação e proceder a informação dos órgãos competentes para o cumprimento (GARRIDO, 2006). A Administração dispõe de três meses para realizar o pagamento sendo que este lapso pode ser reduzido ao se observar a natureza do reclamado e a efetividade da sentença.

Com a notificação passam a correr juros moratórios estabelecidos conforme a taxa legal. Após o prazo para adimplemento e comprovada a falta de diligência administrativa a taxa de juros é aumentada em dois pontos percentuais.

São permitidas também a alocação de novas verbas na quantia referente ao atendimento das sentenças judiciais que devem ser realizadas com base em decisão administrativa, sem a intervenção legislativa (DÍAZ-PORTALEZ, 2004), diminuindo os argumentos do erário no que se refere a restrições orçamentárias.

Somente em casos de condenação de elevado valor que possam acarretar em grave comprometimento das finanças públicas a LJCA permite a dilação do prazo, atitude esta ainda má vista pela doutrina (GARRIDO, 2006).

Admite, também, a compensação do crédito exequendo com débitos junto ao poder público assim como a cominação de *astreintes* para estimular a autoridade administrativa a consignar novas verbas destinadas ao pagamento em questão (GIL, 2006).

3.2. VARIEDADES DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO URBANISMO

O controle do juiz administrativo tem como objeto de controle as ações realizadas pela Administração Pública. Estas ações devem respeitar tanto as regras de procedimento como a legislação que rege a ocupação e utilização do solo.

As formas de atuação do controle são formas clássicas como o controle de legalidade, que na maioria dos casos ocorre dentro do quadro de recursos por excesso de ação, podendo também ocorrer nos casos de recursos que verifiquem a validade de atos pela Administração proferidos. Assim, o juiz administrativo poderá dar conhecimento ao recurso de indenização proferido contra o poder público pela aplicação incorreta das regras urbanísticas que venham a causar prejuízo aos administrados.

A atribuição de licenças por parte do juiz, no entanto, permite que haja compensação financeira pelos danos sofridos que tiveram como origem a violação dessas regras pela Administração Pública. As consequências materiais de irregularidades continuam existindo, no entanto.

Já o recurso por abuso de poder, permite ao juiz administrativo efetuar o cancelamento de uma decisão de planejamento urbano irregular, mas as decisões mais frequentes são aquelas que ocorrem após tal planejamento em um ponto em que as consequências das irregularidades podem ser consideradas irreversíveis.

3.2.1. O CONTENCIOSO DA RESPONSABILIDADE

O juiz administrativo poderá reconhecer um recurso de indenização impetrado pelos prejudicados quando a ilegalidade praticada pela Administração Pública ensejar a reparação do dano por ela cometido (SOLER-COUTEAUX, 2013).

A responsabilidade da Administração em matéria de urbanismo segue essencialmente as regras do direito Administrativo nos casos de responsabilidade estatal. As exceções ocorrem nos casos do fato gerador do dano, o dano indenizável e as regras da reparação.

A responsabilidade da administração em matéria de urbanismo é, principalmente, uma responsabilidade por omissão. Ela compreende dois aspectos: uma responsabilidade extracontratual e uma responsabilidade contratual que surge com a inexecução ou pela má execução de um contrato.

Ela pode ser uma responsabilidade objetiva e ocorre nos casos em que existe um vício que afeta tanto a legalidade interna como a externa do ato que origina o dano; o fornecimento de informações erradas ou incompletas e pelos atrasos.

Existe também a responsabilidade extracontratual que se origina com a práticas de ilegalidades e com os atos ilícitos. A primeira surge tanto em um vício que afeta a legalidade interna como a externa (DEVILLER, 2014) do ato causador do dano (AUBY, 2001). Como exemplo pode-se citar a emissão de certificados de urbanismo ilegal e as decisões de preempção ilegais. Os atos ilegais são o fornecimento de informações incompletas ou erradas, reversões e atrasos. Envolvem também ações pelas quais a Administração tende a obstruir uma construção. Em todos estes casos o caráter ofensivo ou não das ações deve ser estabelecido após uma análise detalhada das circunstâncias do caso. Finalmente, no que se refere à culpa, uma falha simples em princípio é suficiente para que seja configurada a responsabilidade da Administração.

A responsabilidade contratual no direito do urbanismo surge com a violação de uma de duas hipóteses principais. Em primeiro lugar no contexto da realização de operações de planejamento. A inexecução de contratos celebrados entre as autoridades públicas e empreiteiros ainda não acarretou condenações relacionadas à violação de obrigações contratuais das partes. Além disso, se a responsabilidade contratual da Administração Pública não se configura é porque o dano alegado refere-se a um período durante o qual o contrato ainda não havia sido celebrado ou não estava regularmente aprovado. O contencioso, no entanto, ocorre, principalmente, no que se refere à execução dos contratos que as sociedades de economia mista, de planejamento e as concessionárias da Administração celebram com empresários. É devido a este fato que os serviços estatais são colocados à livre disposição para os Municípios com o objetivo de instruir os pedidos de licença, de ocupação do solo e desenvolvimento de documentos de planejamento descentralizados. A jurisprudência é muito restritiva uma vez que a responsabilidade do Estado não pode ser comprometida no Município por uma ação de um agente do Estado que comete uma falha ao se recusar ou deixar de executar uma instrução do superior (DEVILLER, 2003).

Já a responsabilidade subjetiva se baseia no princípio da igualdade administrativa de encargos públicos, que são pouco aplicados no direito do urbanismo, isto porque o desenvolvimento urbano é essencialmente discriminatório e nestas condições, as rupturas de igualdade implicadas não são tidas como normal ou não

facilmente distinguidas pelo juiz. No entanto, existem alguns casos em que o juiz administrativo admite responsabilidade subjetiva da Administração no planejamento urbano: a) Inação da Administração diante de uma construção sem licença em que ela foi negligente ao não demandar que o Ministério Público inicie o processo contra o agressor num momento em que a obrigação que lhe foi transmitida por um processo verbal em que constava que a infração ainda não existia b) Alteração apresentada por um Município em sua política de planejamento devido à realização da divisão de um loteamento. c) Mudança em uma permissão de construir regular devido à descoberta de um sítio arqueológico no terreno d) danos causados a terceiros pela renúncia da Administração Pública para a realização de uma obra pública (JACQUOT; PRIET, 2004).

3.2.1.1. DANO INDENIZÁVEL

Quanto à responsabilidade das autoridades públicas está envolvida, e não simplesmente, a culpa ou a violação do princípio da igualdade perante os encargos públicos, ainda é necessário que esta culpa ou que tal violação tenha causado dano ao requerente. Como em outras áreas de responsabilidade administrativa o juiz concorda em indenizar se há responsabilidade direta e, em caso de responsabilidade objetiva, anormal e especial.

3.2.1.1.1. CARACTERÍSTICA CERTA DO DANO

A certeza do dano é principalmente ligada à sua existência: o juiz deve rejeitar qualquer pedido em que o requerente não seja capaz de justificar a existência do prejuízo alegado. Uma perda futura pode ser indenizável se não possuir um caráter apenas eventual (JACQUOT; PRIET, 2004).

Nos contenciosos relativos à responsabilidade em matéria de licenciamento para edificação, a indenização não é bem certa devido às circunstâncias do caso de perdas ou rendas ou subvenções que tenham sido cobradas e no caso de a licença ter sido devidamente emitida. A determinação mais complexa versa sobre danos comerciais resultantes da perda de rendimentos esperados com a venda ou a exploração de propriedades cuja construção foi indevidamente bloqueada. Inicialmente, o juiz deve

considerar que tal dano possui caráter prospectivo e, portanto, com direito a reparações. Jurisprudencialmente ele deve comprometer a indenização feita pela Administração devido à perda de lucros esperados com as transações imobiliárias (JACQUOT; PRIET, 2004).

3.2.1.1.2. CARACTERÍSTICA DIRETA DO DANO

Para que ocorra a reparação, o dano não deve apenas ser determinado, deve ser também direto. Assim, o dano causado em um compromisso de vendas e que consista na diferença entre o montante previsto no presente acordo de venda e o preço realmente pago pela Administração não é a causa direta da decretação da ilegalidade de uma decisão de preempção, se se verificar que este compromisso estava sujeito a condições precedentes que pudessem evitar a sua realização.

Não é incomum que o requisito do nexo de causalidade direto seja apreciado de forma estrita. O juiz administrativo considera como dano indireto sofrido por um arquiteto, por exemplo, devido à recusa ilegal de concessão de uma licença de construção para os seus clientes que tais danos podem resultar apenas das disposições por eles contratadas e não pela atitude da Administração. O dano possui ainda um caráter indireto no caso de aumento das taxas de urbanismo em comparação com aquelas em que o requerente teria de pagar se a licença tivesse sido emitida no momento em que seus dados foram enviados ao Fisco.

É também esta noção de causalidade que pode justificar a exclusão do direito à reparação quando a falha ocorrer devido a uma ilegalidade externa à decisão, particularmente, quando se justificada no mérito. Na realidade, a indenização é negada apenas se o dano não é um resultado direto de ilegalidade externa; inversamente, se a relação causal é estabelecida por uma simples falta de fundamentação, por exemplo, pode envolver a responsabilidade das autoridades públicas.

Além disso, a atitude da vítima pode resultar em ruptura total ou parcial do nexo de causalidade. Fator de atenuação clássico ou de exclusão da responsabilidade do Poder Público, a culpa da vítima desempenha um papel semelhante no direito do urbanismo, por exemplo, um certificado de urbanismo cujas aplicações incluem imprecisões que induzam a Administração ao erro. Do mesmo modo, a falta cometida pela Administração que emitiu um certificado de conformidade enquanto o

parcelamento de uma obra que não tenha sido totalmente executado é atenuado pelas falhas dos compradores de lotes que não possuíam recursos no momento em que adquiriram sua propriedade.

3.2.1.1.3. DANO NO CASO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Requer-se neste caso que o dano seja incomum e especial. Esta condição raramente é respeitada no direito do urbanismo, e os recursos de rejeição aqui são os que mais acontecem. Além disso, a indenização é excluída quando a vítima assume um risco que não podia ignorar: o dano decorre de sua atitude, não de um ato da administração.

3.2.1.1.4. NATUREZA DO DANO INDENIZÁVEL

Os tipos mais comuns de danos são os danos materiais que podem ser a perda de valor venal ou do arrendamento de imóveis; os custos de empréstimos mais elevados e os custos de construção, a diferença entre o preço estipulado no contrato de venda, o preço fixado pelo juiz da expropriação ou o preço pelo qual a propriedade foi vendida como parte de uma interrupção ilegal de trabalho, danos ao edifício em si, devido a uma interrupção de obras ilegais e a diminuição da visão e da luz solar causada pela construção ilegal.

Também é possível compensar as perdas relacionadas com a operação de construção que acabou por ser incapaz de prever tais como os custos de aquisição de terras, os custos de estudos e gerenciamento de registros. O juiz deve tentar compensar qualquer alteração no cotidiano do cidadão devido a problemas relacionados com erros de Administração (JACQUOT; PRIET, 2004).

3.3. AS REGRAS DE REPARAÇÃO

3.3.1. LIMITAÇÕES DO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE

Para fixar permanentemente o montante da indenização o juiz deve considerar os benefícios que podem ser pagos à vítima pela sua seguradora, que também está

legalmente sub-rogada nos direitos desta. Em um caso de sub-rogação existe entendimento jurisprudencial em favor da Administração em caso de emissão indevida de um certificado de conformidade contencioso. A autoridade pública é, então, sub-rogada nos direitos dos lotes de compradores. O juiz no contencioso de obras públicas pode deduzir do montante da compensação o benefício que o proprietário auferiu com a irregularidade presente na licença que foi maculada.

3.3.2. IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Devido à repartição das competências esta responsabilidade é principalmente do Município, pois a lei designou que a maior parte das responsabilidades sobre o urbanismo seria de sua competência. O Estado, entretanto, continua a ser competente em algumas áreas. A sua responsabilidade pode ser imputada no caso de mau exercício de seu controle de legalidade ou na prestação dos seus serviços para os Municípios. Dissipando incertezas, a jurisprudência também deixou claro que certas decisões tomadas pelos Prefeitos a respeito da aplicação das disposições penais urbanísticas devem ser sempre tomadas em nome do Estado. Na combinação das duas hipóteses anteriores, pode haver partilha de responsabilidades entre as autoridades públicas (HOSTIEU, 2004).

3.3.3. CASOS DE ATENUAÇÃO OU EXONERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

No urbanismo, as condições que atenuam ou que afastam a responsabilidade da administração não se diferenciam daquelas presentes no contencioso comum e são os fatos imputáveis a terceiros, a imprudência, o comportamento da vítima e força maior.

No caso de o dano ser totalmente imputável a terceiro a responsabilidade da administração é totalmente eliminada.

A imprudência pode configurar um caso de atenuação da responsabilidade da autoridade pública no que se refere à construção em zonas de riscos previamente conhecidos (inundações, deslizamentos). Cabe ao juiz administrativo analisar se o beneficiário de uma permissão assumiu o risco de garantir a segurança do terreno onde a construção foi realizada.

A responsabilidade da administração pode ser atenuada se ficar demonstrada que a autorização ilegal foi solicitada com conhecimento de causa. Nesta hipótese, o juiz procederá a uma divisão da responsabilidade entre a administração e a vítima. Se ficar comprovado que o interessado não tinha conhecimento sobre a ilegalidade a responsabilidade da administração não será atenuada.

A força maior pode tanto atenuar quanto eliminar a responsabilidade da administração. É preciso para isso que sejam definidas as condições de força maior (imprevisibilidade, exterioridade e irresistibilidade).

O estudo do contencioso do urbanismo se mostra necessário para a configuração da responsabilidade civil da Administração nos casos de regularização fundiária de interesse social no Brasil, tema que será abordado no próximo tomo.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EM ESPECIAL O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL.

4.1. CONCEITUAÇÃO

Como Administração Pública considera-se todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços próprios do Estado ou por ele assumidos cujo objetivo é a satisfação das necessidades coletivas (MEIRELLES, 2002). As atividades por ela desempenhadas podem ser feitas de forma direta ou indireta.

A responsabilidade é um conceito que se relaciona à reparação de um prejuízo causado à vítima. Já a responsabilidade extracontratual do Estado pode ser entendida como a obrigação estatal de reparação econômica dos danos lesivos à esfera jurídica garantida de outro modo e que possam ser a ela imputáveis devido a atos unilaterais sejam lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos (MELLO, 2006).

Em uma perspectiva histórica a noção de responsabilidade se associava ao dever jurídico resultante do não cumprimento de um direito e as consequências deveriam ser atribuídas ao agente através do reconhecimento de sua culpa. A responsabilidade obrigatoriamente se relacionava ao descumprimento de um dever jurídico primário, pois o ideal liberal vigente no século XIX somente permitia a

repreensão da conduta do agente que agiu por erro. A possibilidade de responsabilização jurídica do agente só seria possível quando este tivesse agido de forma culposa.

Atualmente a Lei pode ser compreendida como fonte da responsabilidade estatal devido ao surgimento de um dever jurídico originário. É suficiente a violação direta de um dispositivo legal⁶⁰ para que seja consagrada normativamente a responsabilidade objetiva do Estado. A norma é compreendida como fonte imediata da responsabilidade, uma fonte válida de vinculação a obrigações, assim como o ato ilícito e o contrato (SCHREIBER, 2007). A responsabilidade que estava ontologicamente conectada ao não cumprimento de uma obrigação principal assume, atualmente, um diferente papel que é consequência do reconhecimento do aspecto dinâmico do dano (violação de uma cláusula geral de escolha de quais interesses merecem ser tutelados verificados em um determinado caso). A responsabilidade civil se transforma em um sistema primário à medida da determinação de quais interesses colidentes devem ou não ser tutelados.

As fontes do direito (CANOTILHO, 1974) (jurisprudência, analogia, lei, princípios gerais do direito, costume) são as determinantes da responsabilidade civil, que é aquela em que existe a obrigação patrimonial do autor do dano na reparação das consequências oriundas do ato lesivo a um interesse juridicamente tutelado. A obrigação extracontratual tem como fonte a Lei, baseada no texto constitucional, e tem como destinatários terceiros que não se relacionam com a relação jurídica havida pela Administração Pública ou por suas concessionárias.

A responsabilidade contratual, por sua vez, é aquela em que o dano surge com uma obrigação jurídica prévia por meio de um contrato entre partes, agente e vítima. Ao contrário da responsabilidade extracontratual em que há previsão legal do dever jurídico que foi ferido.

Para que seja caracterizada a responsabilidade do Estado não é necessário que seja analisado o caráter lícito ou ilícito^{61,62} da ação administrativa, pois não importa se a

⁶⁰ As fontes de direito podem ser entendidas como os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas são positivadas com força obrigatória, ou seja, com vigência e eficácia ao se analisar a estrutura normativa, que pode ser processo legislativo, nos usos e costumes jurídicos na atividade jurisdicional ou no ato negocial. (Reale,1995).

⁶¹ A responsabilidade por risco e por atos ilícitos foi consagrada no direito português pelo Decreto n. 48.051, de 1967, que prevê em seus artigos 8 e 9 a responsabilidade estatal e das outras pessoas de direito público pelos prejuízos especiais e anormais oriundos no funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas ou atividades com a mesma natureza, e a responsabilidade por

lesão tem como origem uma conduta culpável (WEIDA, 1981). Vale destacar que não há consenso na doutrina sobre o assunto. Para alguns doutrinadores, a distinção entre atos lícitos e ilícitos deve ser feita e, também, a diferenciação entre indenização e ressarcimento conforme a natureza do ato, apontando argumentos diferentes para a reparação do dano. No caso de ato ilícito, a fundamentação seria o princípio da legalidade e, no de ato lícito, o princípio da igualdade dos cidadãos frente os encargos públicos (VIEIRA, 2000).

A responsabilidade, por fim, vem sendo entendida como um instituto que tem como objetivo a reparação do patrimônio da vítima que foi lesada de maneira injusta. Tanto a doutrina como a jurisprudência trabalham com uma extensão do conceito de culpa e do nexa causal (SCHREIBER, 2007).

4.2. FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA: ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DANO INJUSTO

A Constituição Federal de 1988 traz a responsabilidade objetiva da Administração sob a espécie do risco administrativo, previsto no artigo 37, § 6º⁶³, da Carta Magna. O dispositivo traz que pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público são responsáveis pelos danos causados pelos seus agentes a terceiros.

Duas novidades foram trazidas pelo constituinte em 1988. A primeira é a que define o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público inclusive as paraestatais. A segunda é a que foi usada pela primeira vez em um texto constitucional o termo agente (pessoa física incumbida, de forma definitiva ou transitória, do exercício de alguma função estatal) (LAZZARINI, 1997).

Três pontos podem ser observados com a interpretação do dispositivo em análise: o rol dos responsáveis, os agentes estatais e a duplicidade de relações jurídicas

atos ou operações matérias lícitas impositivas ou causadoras de prejuízos especiais e anormais. (CANOTILHO, 1974)

⁶² A justiça e a equidade demandam o ressarcimento dos sacrifícios que são imposto de maneira desigual entre os cidadãos, não se importando o caráter ilícito ou lícito do ato que causou o prejuízo. Importa o nexa de casualidade entre a medida lesiva do ente público e o sacrifício pessoal. (MAYER, 1906).

⁶³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

estabelecidas. Os responsáveis são as pessoas jurídicas de Direito Público – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas – e as de Direito Privado – sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações públicas com personalidade de direito privado, concessionários e permissionários (CAVALIERI FILHO, 2009).

A maneira de atuação dos responsáveis ao manifestarem sua vontade e atuação originando efeitos jurídicos possui caráter indireto, pois a Administração age por meio de seus agentes⁶⁴, que são pessoas físicas a ela vinculadas. O Estado, no entanto, só pode ser responsabilizado pelos atos praticados pelos seus agentes durante o exercício de suas funções. Se o dano é causado durante a prática de um ato da vida privada, a responsabilidade será regida sobre as regras do direito civil.⁶⁵

Na primeira parte do artigo 37 a conduta é vista como relação jurídica entre Estado e o sujeito lesado sagrando para os casos ali especificados a responsabilidade objetiva do ente. O final do dispositivo traz a relação jurídica que existe entre o Estado e o agente que causou o dano, caso em que é exigido que seja comprovada a culpa ou dolo para que ocorra ressarcimento regressivo da indenização paga à vítima do dano injusto. Sendo esta uma referência ao elemento subjetivo presente no artigo (CANOTILHO, 1974).

A expressão “seus agentes, nessa qualidade” sagra como fundamento da responsabilidade do Estado no Brasil a teoria do risco administrativo e, é fundamental, a demonstração entre a causa e efeito entre a atividade e o dano causado. O Estado não

⁶⁴ “A questionabilidade da delimitação entre fatos danosos geradores da responsabilidade exclusiva do funcionário e aqueles suscetíveis de gerarem uma responsabilidade subsidiária ou solidária do Estado juntamente com o órgão ou agente faltoso. Dizer que a imputação dos danos ao Estado é possível quando o agente público se prevalece, na execução do ato, de poderes ou faculdades próprias da administração; ou quando a atividade está ligada à função ou serviço em nome do qual age o funcionário; ou, ainda, que o ato ou omissão deve estar intrinsecamente conexionado com o serviço e não apenas temporal ou espacialmente; ou finalmente, que o órgão ou agente deve ter procedido como tal, isto é, no exercício das suas funções ou atribuições e por causa delas e não somente por ocasião das mesmas funções, não resolve todas as dúvidas, máxime nas hipóteses de comportamento doloso, completamente destacável do serviço, mas em que o serviço constitui, precisamente, a ocasião necessária para a causação dos danos. (...) a atividade do agente imputar-se-ia ao Estado quando a relação entre essa atividade e a qualidade do agente público do sujeito lesante é de tal modo estreita que ela não poderia ter sido realizada na forma e modalidades adotadas se o agente não tivesse investido de um *múnus* público. (CANOTILHO, 1974)

⁶⁵ As ações dos órgãos são imputadas à pessoa jurídica por eles integradas, e nenhum órgão a representa. Tal representação é atribuição de certos agentes assim como Procuradores Judiciais e Administrativos. Não se deve confundir a imputação da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica com a sua representação frente a justiça ou a terceiros. O que se imputa é a atuação do órgão a entidade a que ele pertence, a representação ocorre frente a terceiros ou em juízo por determinados agentes. Por isso os atos dos órgãos são tidos como da entidade por ele composta (MEIRELLES, 2009).

responde nas situações em que ocorre o dano devido a caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

O legislador também traz no referido artigo o direito de ressarcimento da vítima da lesão que merece tutela tornando a antijuricidade objetiva elemento suficiente para o reconhecimento da injustiça do dano e a obrigação de ressarcir-lo.

A antijuricidade, analisada em seu caráter objetivo, é a violação de norma ou de um dever legal, que não possui conexão com a culpabilidade do agente causador do dano à possibilidade de evitá-lo (CAVALIERI FILHO, 2009).

A ilicitude possui dois elementos (MULLHOLLAND, 2009), um objetivo e outro subjetivo que são, respectivamente, a antijuricidade e a culpabilidade. O que importa para a configuração do dano não é a ilicitude e sim a antijuricidade, sendo esta a objetiva violação a dever legal, proibitivo ou preceptivo. A ilicitude exige que uma certa determinação legal seja violada combinada a um elemento subjetivo: negligência, imperícia ou mesmo malícia (SCHREIBER, 2007).

A ilicitude, em uma análise doutrinária, significa antijuricidade sendo o caráter que um ato possui que viola ou infringe o direito positivo considerado em sua totalidade. Esta violação possui dois aspectos incindíveis o objetivo e o subjetivo. Objetivamente, a violação do dever jurídico consiste na omissão do comportamento devido. O aspecto subjetivo se baseia na atribuição ou imputação da falta de cumprimento à vontade do agente, indispensável ao juízo de reprovação exigindo-se culpabilidade (GARCEZ NETO, 2000).

A ilicitude exige que seja comprovada a existência/presença de culpa ou da intenção do agente, mas não a antijuricidade prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal visto que a caracterização da responsabilidade objetiva da Administração não possui conexão com o elemento subjetivo, e que o dever de indenizar o dano causado surge pela mera comprovação do nexos causal entre o dano e a conduta do agente da Administração, prevalecendo o interesse da vítima.⁶⁶

⁶⁶ O conceito de antijuricidade do dano suportado por um particular é importante por possibilitar um deslocamento da conduta do agente para o evento danoso. Não é preciso que a conduta do agente seja ilícita e por isso, não importa a existência de culpa ou não. O que é fundamental é que exista um dano que, por não ser dever do administrado suportá-lo, torna-se antijurídico. E por isso, dano antijurídico objetivamente considerado (GARCEZ NETO, 2000). A ilicitude objetiva se relaciona com direitos absolutos, em uma perspectiva de impedimento à sua fruição. Seu titular tem ação para o seu restabelecimento. Para que a ilicitude subjetiva seja caracterizada é exigido a prática do ato (omissivo ou comissivo) culposo, relação de causa e efeito entre a atuação e o dano. A ilicitude está presente devido à casualidade, quando existe ato, causa eficiente do dano e, por isso, ocorre a responsabilidade, sem que

A doutrina francesa já trabalhava com a diferenciação entre a ilicitude objetiva e a subjetiva quando houve a superação da *faute personnelle*. Foram quatro fases de evolução da jurisprudência francesa até a conclusão de que a responsabilidade da Administração possui natureza puramente objetiva. A primeira foi a diferenciação entre *faute personnelle* e *faute de service*. A segunda foi o estabelecimento da teoria da *faute de service*. A terceira foi a definição da *responsabilité pour risque*, a quarta e última fase foi a definição da *responsabilité sans faute*. É desta maneira que a *faute en service* passa a redundar no conceito de ilicitude por meio do reconhecimento de que a antijuricidade pode produzir efeitos típicos – e assim se torna a origem do dever de indenizar - à margem de qualquer juízo de censurabilidade subjetiva (CORREIA, 1998).

Diguit (1930) já mencionava a antijuricidade objetiva ao afirmar que o reconhecimento da antijuricidade da atuação estatal e a aceitação de uma oposição entre a legislação e ato administrativo levavam à noção de *faute* intrinsecamente objetiva, o que ocasionou a criação de uma categoria exclusivamente publicista (*faute de service*). A fundamentação para o dever de indenizar do Estado se basearia no conceito de segurança social em benefício daqueles que sofreram um prejuízo originado no bom ou no mau funcionamento dos serviços.

Existe ainda na doutrina certa confusão sobre os conceitos de ilicitude e antijuricidade sendo entendidas como iguais, o que influencia diretamente na compreensão acerca da natureza da responsabilidade da Administração pela prática de atos omissivos na medida em que impede a informação da objetividade da responsabilidade, a prescindibilidade do elemento subjetivo que se conecta à ideia de omissão, de ilicitude e conseqüentemente a de culpa. Ocorre devido à existência anterior de dever jurídico que foi violado. Todavia, a doutrina ainda não admite que a violação a um dever jurídico existente por meio de uma norma preceptiva vinculativa para a Administração não configura nenhuma espécie de negligência. Não admite que o dano possa vir a ocorrer de forma objetiva com o descumprimento da legislação ou pelo menos ser observado objetivamente conforme o desejo do constituinte, confrontando-se a norma preceptiva determinante das atitudes do agente na prática da conduta (VIEIRA, 2004).

seja necessária a culpa, como nas atividades perigosas, em que se fala na teoria de risco. (FERREIRA, 1985).

Isso acontece devido à verificação do dano pela constatação *in concreto* de uma violação da atuação legítima de um interesse que merece ser tutelado⁶⁷. A antijuricidade de uma conduta é analisada no caso concreto podendo estar vinculada à ponderação dos interesses conflitantes. Se ambos forem juridicamente tutelados como, por exemplo, no caso de responsabilidade estatal por ato lícito⁶⁸ não se realizará mais de maneira abstrata somente pela verificação da existência de enunciado normativo que autorize a adoção de determinada postura.

A prevalência definida pelo legislador ou pelo juiz determinará se houve ou não um dano ressarcível, ou seja, no caso concreto a conduta prevista no ordenamento jurídico pode ser antijurídica, em um determinado caso, pois o resultado dessa avaliação pode indicar a preponderância do outro interesse jurídico também tutelado e que com este seja conflitante. O juízo de antijuricidade depende se as duas condutas encontram previsão no ordenamento jurídico, de uma ponderação dos valores conflitantes aplicados no caso em concreto. Ao julgador compete escolher aquele que melhor se adequa ao caso baseando sua decisão nos valores constitucionais e aplicando a regra de prevalência judicial ou legislativa (TEPENDINO, 2006).

Mesmo que se entenda que a conduta preterida não se configura como antijurídica, pois está prevista em uma norma válida, pode ser apontado o resultado antijurídico (SCHREIBER, 2007), que é aquele obtido após a ponderação das duas disposições em análise. Importa ressaltar que a tutela de um interesse jurídico, em um caso concreto, não autoriza que uma regra seja deduzida não prevalecendo um interesse que seja considerável prevalente em um determinado caso e sim quando ele demonstrar ser o mais adequado constitucionalmente, o que transforma a discricionariedade do juiz em um poder limitado pelo texto constitucional (ALESSI, 1995). Caberá à vítima apenas comprovar o dano e o nexos causal existente entre o dano e a conduta lesiva.

O dano é assim uma lesão concreta a um interesse juridicamente tutelado (TOLOMEI, 2003). Baseando-se no artigo 37, § 6º, do Texto Constitucional a

⁶⁷ Importa ressaltar que quando a conduta lesiva se mostra desde o começo antijurídica, a área de atuação do interesse lesado é a sua área integral, cabendo à vítima apenas a demonstração da efetiva afetação do interesse para que se configure o dano ressarcível. Quando a conduta lesiva não é, a princípio, antijurídica, mas prevista pelo ordenamento jurídico, ao magistrado compete definir a relação de prevalência entre os dois interesses em conflito, definindo os limites entre a atuação legítima de cada parte no caso. Se esta relação for violada, existe um dano ressarcível. (SCHREIBER, 2007).

⁶⁸ Garcia de Enterría afirma que um prejuízo se faz antijurídico e se transforma em uma lesão ressarcível sempre que e apenas quando a pessoa que o sofre não tem o dever jurídico de suportá-lo. A antijuricidade do prejuízo é, assim, uma antijuricidade que se refere ao prejuízo desde que não existam causas de justificativa que o legitimem. (ENTERRIA; TOMÁS-RAMÓN, 2006)

responsabilidade pública no Brasil é objetiva, caracterizada pela ressarcibilidade dos danos injustos ao cidadão causados. Independente da caracterização ou não do elemento subjetivo. Serão dessa forma ressarcíveis os danos coletivos ou individuais que sejam resultado de um fato ou ato antijurídico que viole valor inerente à pessoa humana⁶⁹ ou apenas uma coisa externa juridicamente tutelada e economicamente apreciável. Todos os danos injustos⁷⁰ oriundos da Administração Pública (TOLOMEI, 2003) devem ser ressarcidos.

O dano é injusto quando mesmo que derivado de uma conduta lícita afete aspecto fundamental da dignidade humana e, não é razoável analisando os interesses das partes, que a vítima não seja ressarcida (MORAES, 2003).

Para a caracterização do dano é preciso que sejam determinados os interesses lesivo e lesado sob a luz das peculiaridades do caso. Somente a análise do conflito existente no caso permite que seja configurado ou afastado o dano.

A responsabilidade civil tem como limite o dano, pois este foi adotado como índice de prevalência de um interesse tutelado juridicamente. As suas formas de verificação são variáveis se houver ou não proibição prévia do comportamento lesivo. Se houver regra de prevalência legislativa que seja válida e adequada⁷¹ ao caso em concreto.

4.3. CONTORNOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

4.3.1. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A primeira corrente doutrinária sobre o tema é atribuída a Oswaldo Aranha. Para o doutrinador a responsabilidade da Administração será sempre subjetiva em se

⁶⁹ O dano moral pode ser conceituado tendo como base duas correntes: a primeira, que tem como base a Constituição, compreende o dano moral como sendo uma ofensa aos direitos da personalidade. A segunda o entende como sendo qualquer sofrimento ou incomodo humano, que não tenha como origem uma perda pecuniária. (TOLOMEI, 2003)

⁷⁰ O ato é injusto e enseja o ressarcimento se tem como causa exclusiva a atividade, regular ou irregular, da Administração. Deixando de se configurar como injusto quando tem como causa exclusiva o fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiros. É injusto, mas se sujeita a responsabilidade atenuada se concorrente da atividade regular ou irregular da Administração. (CAHALI, 2007).

⁷¹ As regras de prevalência se submetem a um duplo controle por parte do julgador. Dessa forma, as regras se sujeitam a um controle de validade, como também, a um controle de adequação às circunstâncias relevantes que foram levadas em conta pelo legislador. (SCHREIBER, 2007)

tratando de atos omissivos, pois não seria causa, e sim a condição do evento. A definição era fundamentada no artigo 15, do Código Civil de 1916⁷².

O principal defensor desta corrente atualmente é o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que a Teoria da Responsabilidade Objetiva pode ser aplicável aos danos causados pelo comportamento comissivo do Estado, pois ele possui o monopólio da força e define a maneira que atuará na coletividade sem conceder o direito de livre escolha aos administrados. Para que seja restaurado o patrimônio jurídico lesado é suficiente a aplicação do princípio da igualdade sem a necessidade de se analisar a culpa, culpa do serviço, dolo ou infração ao Direito (MELLO, 2009).

A aplicação do Princípio da Igualdade exige que o dano seja reparado em benefício daquele que foi lesado para a consecução de conduta que aproveita a coletividade, se a sociedade recebe os frutos de certo ato também deve arcar com os gravames econômicos que foram infligidos a alguns. Não importa saber se o Estado agiu ou não com culpa.

No que se refere aos danos decorrentes de uma omissão estatal e à obrigação de reparação de danos, o doutrinador defende que seja aplicada a Teoria da Responsabilidade Subjetiva, pois apenas cabe a responsabilização quando o Estado se vê obrigado a impedir o dano ou quando há desrespeito do dever legal de inibir o evento lesivo.⁷³ A omissão não se caracteriza pelo não funcionamento do serviço, mas sim por ser tardio ou ineficiente.⁷⁴

Para que se configure a responsabilidade da Administração é necessária a verificação da ilicitude da conduta estatal, além da relação entre omissão e o dano sofrido. Deve ser comprovado que o Estado cometeu uma ilicitude por não ter agido de maneira a impedir o dano ou por haver sido sua atuação insuficiente para impedir a ocorrência do dano devido à adoção de um comportamento abaixo do padrão exigido legalmente. Esta constatação ocorre em função do meio social, da conjuntura atual e

⁷²Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano

⁷³ A respeito da não aplicabilidade da teoria objetiva aos atos omissivos, Saad, defende que seja aplicada uma teoria da falta do serviço, ao afirmar que no caso de atos omissivos, a aplicação da teoria do risco importaria na exacerbação sem limites da responsabilidade estatal e que os prejuízos, que não forem diretamente por ele causados e sim por terceiro, pois a omissão que justifica a ocorrência de dano, implica na ocorrência de fato que o agente deve impedir. (SAAD, 1994).

⁷⁴ De maneira igual Stoco (1997) afirma que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6 nos casos em que a atividade decorre de atividade lícita, como pela teoria subjetiva da culpa, quando a atividade for ilícita ou em virtude de *faute du service*.

das possibilidades reais apuradas no ambiente em que o fato danoso foi produzido. É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos causados da mesma forma que só deve ser responsabilizado pelos que não causou quando tiver a obrigação de impedi-los (MELLO, 2009).

Ao se admitir a Responsabilidade Objetiva da Administração em qualquer evento lesivo praticado por terceiro como, por exemplo, um assalto em via pública ou uma enchente, o Estado seria colocado em um papel de segurador universal⁷⁵. Ante a dificuldade ou a impossibilidade de o lesado demonstrar que o serviço não foi desempenhado como o esperado deve ser utilizada a presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público nos casos de falta de serviço e a inversão do ônus da prova (MELLO, 2009).

Os fatos que acarretam a responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são fatos da natureza cuja lesividade o Estado não evitou, mesmo devendo realizá-lo, por exemplo, alagamento de casas devido a empoçamento de águas pluviais que não foram escoadas por omissão do Poder Público na manutenção de bueiros e galerias e nos casos de comportamento material de terceiros que não tiveram sua ação lesiva impedida pelo Estado, que deveria ou poderia realizá-lo (assalto diante de agentes policiais inertes) (MELLO, 2009).

O entendimento nos casos em que o Estado produz a situação na qual o dano surge ou depende, mesmo que não ocorra uma ação danosa propriamente dita, é diferente do acima exposto. A estes se equiparam os eventos danosos produzidos pela ação do Estado, sendo aplicada a Teoria da Reponsabilidade Objetiva. Como exemplos podem ser citados: assassinato de um detento por outro detento, os danos nas vizinhanças devido à explosão de um depósito militar em consequência da queda de um raio. O dano nestas situações se conecta mediante uma ação positiva do Estado, ou seja, o evento lesivo se relaciona com antecedentes criados pelo Estado. Como tais estabelecimentos públicos são construídos para o uso da sociedade como um todo, não é

⁷⁵ É razoável que o Estado responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos presenciarem a cena e nada fizerem ou se avisados a tempo de evita-lo, omitiram-se da adoção das medidas necessárias. Razoável que o Estado responda por danos advindos de uma enchente se as galerias pluviais estivessem entupidas ou sujas, o que propicia o acúmulo de água. Nestes casos haverá o descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Se não houver a injuridicidade proveniente do dolo ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não existe responsabilidade pública. (MELLO, 2009). Mesmo entendimento possui Abreu e Silva que entende ter o Estado o dever genérico de promoção da segurança pública e não o dever específico de segurança individualizada, sob o risco de ser considerado inadequadamente, como um segurador social. (SILVA, 2005).

razoável que pessoa em particular sofra o ônus de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam em custódia estatal. Os danos oriundos destas circunstâncias de risco e por força da localização ensejam a responsabilidade objetiva (MELLO, 2009), pois desta forma a comunidade absorve os prejuízos que recaíram apenas sobre poucos, mas que tiveram como origem as organizações erguidas em prol de todos.

Se a lesão sofrida não tiver vinculação ou conexão lógica, não se configura a Responsabilidade Objetiva. Bandeira de Mello exemplifica que em caso de fuga em um presídio, caso os detentos causem danos em locais distantes ao do prédio da penitenciária não há que se falar na existência de vinculação à situação criada pela obra estatal. A responsabilidade estatal só pode ser levantada se o serviço de guarda não tiver funcionado ou tiver funcionado mal, configurando um caso de responsabilidade omissiva e não pela geração de risco oriundo pelo presídio (MELLO, 2009).

Nesse diapasão, se um raio matar algum detento não há conexão lógica entre o risco e o raio, caso em que não se configura a responsabilidade. No entanto, o Estado responde subjetivamente se ficar comprovado que as autoridades não adotaram as medidas necessárias contra acidentes.⁷⁶

Outra corrente que trata sobre o tema é a do professor Sérgio Cavalieri Filho, segundo a qual o parágrafo 6º do artigo 37, da Constituição Federal abrange as condutas comissivas e omissivas do Estado, mas esta apenas em sua vertente específica.

Em oposição à Bandeira de Mello, Cavalieri Filho assevera que na sistemática moderna da responsabilidade civil, o ato ilícito não é exclusivamente um elemento subjetivo ou psicológico (culpa) da responsabilidade, e sim um destaque da oposição entre a conduta e o dever jurídico estabelecido na norma que fundamenta a responsabilidade objetiva – ato ilícito em sentido lato. O Estado pratica o ato ilícito na omissão – quando deixa de fazer o que tem o dever de fazer – e na comissão – quando o faz o que não deveria fazer.

O autor divide o conceito de omissão estatal em duas vertentes, a omissão genérica e omissão específica. Esta ocorre quando o Estado, por uma atitude anterior,

⁷⁶ Se o Poder Público não tivesse o dever de impedir o acontecimento danoso, não existiriam motivos para a imposição de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Assim, a responsabilidade estatal por atos omissivos é sempre responsabilidade por ato ilícito, e necessariamente subjetiva, visto que não existe conduta ilícita estatal (do particular pode existir) que não tenha como origem a negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou então, deliberado propósito de violação das normas que o constituía em dada obrigação (dolo) (MELLO, 2009).

origina uma situação propícia para que o evento ocorra e não age para prevenir o dano nos casos em que tem o dever de agir para impedi-lo (como no caso do motorista bêbado que atropela e mata um pedestre que após parado pela polícia é liberado para seguir viagem). Neste caso a responsabilidade do Estado tem natureza objetiva. Já a omissão genérica se configura quando em uma situação existe uma simples inação e o Estado responde subjetivamente pelos danos causados aos cidadãos. A omissão específica do Estado é reconhecida pela jurisprudência quando a falta de ação da Administração é a origem direta e imediata do não-impedimento do evento (CAVALIERI FILHO, 2009)

O Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº. 109.615/RJ⁷⁷ reconheceu o nexo de causalidade material entre o comportamento omissivo (falha na vigilância ou falta adequada de fiscalização) do Poder Público e o evento danoso, que não adotou as medidas reparatórias demandadas na situação. A

⁷⁷1. Trata-se de recurso extraordinário por alegada violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, contra acórdão que condenou a União a indenizar a parta recorrida por erro médico advindo de cirurgia de catarata realizada no Instituto Benjamin Constant que ocasionou a perda integral da visão do olho esquerdo, nos termos da seguinte (fls. 158-192); ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE CATARATA. PERDA DA VISÃO DE UM DOS OLHOS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.(...)- Com efeito, muito embora o Poder Judiciário não deva adentrar na análise de questões técnicas e científicas na aferição da responsabilidade civil decorrente de erro médico, a situação fática narrada aponta a ocorrência de falta de cautela e cuidado na condução do quadro clínico da demandante.- No ponto, merece atenção o fato de que a autora não foi informada acerca dos riscos e das consequências, diante do seu quadro e do seu perfil, que poderiam advir da realização do procedimento cirúrgico.- O § 6º, do artigo 37, da Constituição da República consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado, em relação a danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, com fundamento na teoria do risco administrativo.- Na hipótese, restou demonstrada a relação de causalidade entre a conduta médica e o dano moral sofrido pela apelante”.2. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 212-215).3. A União alega, em síntese (fls. 228-236), que a violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal decorreu da condenação objetiva por danos sofridos pela autora, sem apuração de sua culpa ou dolo, que, por outro lado, por se tratar de obrigação de meio, caso comprovado o dano, o nexo causal e a culpa, ensejaria a responsabilidade subjetiva. Sustenta, ao final, o valor exorbitante da condenação e requer que, caso não seja excluída, seja reduzida “para valores razoáveis, não superiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).4. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 275-277).5. O recurso não merece prosperar. Inicialmente, ressalto que esta Corte reiteradamente tem assentado que os elementos que fazem incidir a responsabilidade objetiva do Estado são: a) existência do dano; b) existência de ação ou omissão administrativa;c) ocorrência do nexo de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano observado (RE 130.764/PR, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, DJ 07.8.1992; RE 109.615/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.8.1996; e RE 178.806/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30.6.1995).6. No caso em tela, o Tribunal a quo aplicou entendimento perfilhado nesta Corte segundo o qual, nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Magna, uma vez estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta ou omissão de agente do poder público e o prejuízo sofrido pela parte, as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos atos.7. Além disso, rever a decisão recorrida, para concluir que não houve responsabilidade da Administração pelos atos de seus agentes e assim afastar o dever de indenizar a autora, implicaria o reexame de fatos e de provas, o que é vedado em sede extraordinária.

Corte entende ser configurada a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, quando estiverem previstos os requisitos que a qualifiquem, ou seja, a consumação do dano, a omissão administrativa, o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal e a ausência de cláusula excludente de responsabilidade.

A responsabilidade objetiva do Estado pode ser reconhecida também nos casos de danos provenientes de coisas ou pessoas que o Estado possui a guarda, pois são criadas pelo Poder Público por ato seu, as situações que propiciam o acontecimento do dano.

No que se refere a danos provenientes de fato de terceiro e de fenômeno da natureza, o Poder Público só pode ser responsabilizado se for comprovado que, através de sua omissão ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o fato, pois não construiu obras que lhe são exigíveis razoavelmente. Nessa situação, a responsabilidade da Administração é subjetiva, sendo determinada com base na teoria da culpa anônima ou falta do serviço (CAVALIERI FILHO, 2009).

Também defende a diferenciação entre omissão genérica e específica o Procurador Flávio Willeman, em sua obra que trata sobre a responsabilidade das agências reguladoras.⁷⁸

O último entendimento doutrinário sobre o tema defende a natureza objetiva da responsabilidade do Estado em atos omissivos e comissivos, remetendo à tentativa de configuração do nexo causal. Esta questão não está sendo vista com rigor técnico pela jurisprudência⁷⁹, e sim por uma análise pormenorizada, em que não se utiliza de uma mais correta delimitação da responsabilidade do Estado, a *ratio* da norma constitucional contida no artigo 37, § 6º, da Constituição, sem que Estado seja transformado em um segurador universal.

⁷⁸ Para o doutrinador a admissão de que toda e qualquer omissão estatal, ou seja, a específica ou a genérica, são capazes de gerar a responsabilização objetiva do Estado se arraiga o direito brasileiro à teoria do risco integral, na qual o Estado é sempre responsável por qualquer dano sofrido por qualquer pessoa, sob alegação de que aconteceu uma omissão na prestação de um serviço público, mormente frente ao texto constitucional de 1988, que traz em diversos pontos normas programáticas que atribuem deveres e direitos ao Estado, aos cidadãos. Não se pode e nem deve a Administração, sem lei prévia sobre o assunto, ser visto como segurador universal dos danos causados à coletividade devido ao exercício de sua atividade regulatória. Se assim fosse, essa situação geraria um verdadeiro caos nas finanças públicas (WILLEMANN, 2005).

⁷⁹ “Em um cenário tão diferente poderia causar, inicialmente, uma impressão de uma atecnia contumaz por parte das cortes brasileiras e de outras tantas que se comportam da mesma maneira. Uma análise mais profunda, entretanto, comprova que o caos reinante em matéria de nexo causal corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da casualidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível.” (SCHREIBER, 2007).

Defendem ser a responsabilidade da Administração como objetiva os doutrinadores José dos Santos Carvalho Filho, Yussef Said Cahali, Almiro do Couto e Silva, Celso Ribeiro Bastos, Alvaro Lazzarini (1997), Gustavo Tepedino (2003), Marcelo Calixto⁸⁰, dentre outros. Defendem a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos administrativos omissivos Weida Zancaner Brunini, que em sua obra “Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública”, afirma que não existem motivos para que não sejam incluídos os atos omissivos da interpretação do artigo 107, da Constituição de 1969⁸¹, que equivale ao 37, § 6º, da Constituição de 1988, com exceção de uma abordagem mais ampla da figura dos agentes e pelo acréscimo de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos. Neste caso, a responsabilidade não deve se subordinar à comprovação da culpa.⁸²

Entende-se superada a diferenciação entre causa de condição de determinado resultado antijurídico, que é a causalidade não mais verificável de forma naturalística somente sem uma interpretação reduzida da norma, que tem como objetivo abarcar tanto as modalidades de comportamentos comissivos quanto omissivos da Administração. Em tudo se remete à literalidade do teor presente no dispositivo e a seu fundamento, a teoria do risco.

O professor Gustavo Tepedino (2006) levanta três premissas metodológicas para que o conceito de culpa seja afastado da teoria da responsabilidade da Administração. A primeira é a incompatibilidade da técnica da responsabilidade objetiva com a pesquisa da culpa, mesmo presumida, cabendo ao operador romper com a lógica subjetiva presente na tradição jurídica brasileira. A segunda se baseia na necessidade de compreensão das causas de exclusão da responsabilidade presentes nas fontes normativas em uma forma casuística como elemento de desconstituição do nexo causal – da atividade e do dano – e não da culpa do agente. A última apresenta como solução dos conflitos na responsabilidade civil o respeito ao disposto na Constituição

⁸⁰ Calixto, 2008. Ocorre que esta questão assume uma enorme proporção atualmente, especialmente, se considerarmos os diversos casos conexos com o aumento da violência nas cidades brasileiras e que é obrigação constitucional do Poder Público combater. No entanto, ao se analisar a questão juridicamente, crer-se não ser viável afirmar a permanência da culpa – mesmo referido ao serviço e não ao agente específico – como fundamento da responsabilidade estatal.

⁸¹ Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

⁸² “O Estado é responsável tanto pelas ações como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois a omissão pode ser a causa mais eficiente do dano. A Constituição abarcou a responsabilidade objetiva nos atos comissivos e nos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-os à comprovação da culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado.” (BRUNINI, 1981)

Federal, dentre eles os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, que previnem a reprodução, de uma forma acrítica, da técnica individualista para novos modelos de reparação.

Diana Paola da Silva Salomão e João Agnaldo Donizeti Gandini (2003) defendem também que a responsabilidade da Administração em atos omissivos é objetiva. Para os juristas seria uma contradição do legislador que pretendeu a ampliação da responsabilidade da Administração com a inclusão da expressão agente público e com a clara indicação das pessoas jurídicas de direito privado no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Em outra via, cometer a ação excludente da responsabilidade estatal por atos omissivos seria extremamente gravosa, pois em sede de omissão é mais complexa a prova do elemento subjetivo para a vítima.

Assim sendo, poderia se entender a omissão como um comportamento que vai ao encontro do ordenamento jurídico nacional à medida em que representa a violação de um dever legal. Portanto, é mais importante que o Estado responda de forma objetiva mesmo que o resultado possa apontar a antijuricidade desta atuação através da ponderação dos interesses juridicamente tutelados em conflito (SCHREIBER, 2007).

O debate acerca da culpa da Administração Pública nos atos omissivos não possui fundamentação legal, mesmo se for mantida a distinção entre causa e condição a uma, pois a omissão é conceito normativo e, a duas, porque sua relevância causal é verificada com a formação do juízo hipotético sobre a idoneidade da ação esperada, prevista em lei com o objetivo de evitar que o resultado injusto tenha causa.

4.3.2. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Cabe inicialmente ressaltar que acerca da jurisprudência sobre o tema, ao se analisar os tribunais superiores, não há uma conclusão definitiva. O que se verifica é que existe uma tendência na adoção de determinada teoria por cada uma das Cortes Superiores.

Existem diversas manifestações no Supremo Tribunal Federal que afirmam a inexistência denexo causal entre ato e dano nos eventos em que se pretende atribuir responsabilidade à Administração por atos omissivos danosos. Nesses casos, a responsabilidade objetiva da Administração é amplamente reconhecida. Marcelo Calixto (2008) aponta o mesmo paradigma, que também foi proferido no julgamento do

Recurso Extraordinário nº. 130.764/PR em que foi abordada a hipótese de responsabilidade civil do Estado do Paraná pelos danos sofridos pelo dono de uma joalheria assaltado por uma quadrilha da qual era parte um detento fugitivo de uma penitenciária estadual. O Ministro relator entendeu pela inexistência de nexos causal e o dano sofrido pela vítima.⁸³

O acórdão confirma a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, o que é defendido neste estudo, mesmo podendo-se observar entre as razões apontadas a cautela do Ministro com a formação de precedente de ampla responsabilidade da Administração. Dessa maneira, a natureza objetiva da responsabilidade da Administração foi consolidada pelo voto do Relator nos casos em que tenham por objeto a conduta omissiva da Administração.

O Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 429.203/RS decidiu de maneira contrária. O Recurso versava sobre a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul por danos sofridos por duas mulheres que foram vítimas de estupro praticado por foragido do sistema penitenciário, na sua oitava fuga. O Ministro Carlos Velloso votou sobre a inexistência de nexos causal e afirmou que não havia dúvidas da falha de serviço. Ocorre que esta não prescinde da demonstração do nexos causal e que no caso deveria estar comprovado o nexos de causalidade entre a fuga e o fato ocorrido, e que a teoria da responsabilidade deveria ser observada no que se refere ao nexos de causalidade, dano direto e imediato. O Ministro Joaquim Barbosa, em decisão contrária, reconheceu a responsabilidade civil do Estado por entender pela existência do nexos causal. Em seu voto expressou “o nexos de causalidade, no caso em análise, parece-me patente. Se a Lei de Execução Penal tivesse sido aplicada com um mínimo de rigor, o condenado teria continuado a cumprir a pena e, conseqüentemente, não teria a oportunidade de fugir pela oitava vez e cometer tal crime, em horário em que deveria estar recolhido no presídio”.⁸⁴

O julgado poderia ter reconhecido a responsabilidade apenas com a avocação da omissão específica uma vez que aconteceram sete fugas anteriores à prática do crime

⁸³ Recurso Especial 130.764/PR. “A fuga, considerando que o assalto foi praticado muitos meses depois, não constitui circunstância, sem a qual o dano não se teria verificado, e sim uma mera consciência entre o fato e o procedimento imputado responsável. Não se pode pretender estabelecer um liame, para efeito da responsabilidade civil do Estado, tal qual posto na Constituição, entre a conduta daqueles indivíduos e fatos remotos, porque neste esforço poder-se-ia discorrer, inutilmente para o desate da questão, não apenas sobre as falhas do sistema penitenciário, mas as falhas no sistema de educação, saúde, assistência, para responsabilizar o Estados por todas as mazelas que assolam a sociedade.”

⁸⁴ Recurso Especial 409.203/RS, STF, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa.

contra as autoras da ação o que demonstra, claramente, para a Administração a ausência de condições mínimas que garantissem a permanência do condenado no presídio. A questão foi resolvida sem a menção sobre a omissão específica e considerou-se, assim como neste trabalho, que a responsabilidade da Administração possui caráter objetivo até nos atos omissivos danosos, sendo suficiente o reconhecimento do nexos causal para a prévia caracterização da omissão que contenha uma relevância causal e a clara indicação da norma preceptiva anterior que foi desrespeitada.⁸⁵

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tende a uma aproximação com a primeira corrente doutrinária apresentada neste trabalho, aquela defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que condiciona a responsabilidade do Estado por atos omissivos ao elemento subjetivo da culpa, mesmo que anônima. Merece destaque o acórdão proferido no julgado do Recurso Especial nº 418.713/SP.⁸⁶ Neste julgamento foi abordado o acidente de uma criança que ao saltar de cabeça em um Ribeirão perdeu os movimentos do corpo. O ingresso no local foi feito com pagamento de ingresso, e no local não existia nem sinalização nem salva-vidas. O Relator disse em seu voto que “no que tange a responsabilidade estatal, a regra é a responsabilidade objetiva, que tem como base a teoria do risco administrativo, na qual o Poder Público é obrigado a realizar a reparação do dano por ele causado a outro pela prática de uma ação lícita ou ilícita de seus agentes. Basta apenas a comprovação do prejuízo e do nexos causal entre a conduta e o dano, para que a vítima faça jus à indenização”. Por outro lado, se o prejuízo tem como origem uma omissão do Estado, ou seja, o não funcionamento do serviço ou de seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a teoria subjetiva^{87 88} .

⁸⁵ Com o mesmo entendimento Recurso Especial 21.581/RJ; Recurso Especial 180.602/SO

⁸⁶ Recurso Especial 418.713/SP, STJ, Segunda Turma. Relator Ministro Franciulli Neto.

⁸⁷ O Ministro Castro Meira, no REsp 997.900/AM, não conhece o recurso e mantém o acórdão original, afirma que: “Está mais do que patente a comprovação da relação de causalidade entre os danos sofridos pelo infante e a conduta omissiva do apelante. A exclusão da responsabilidade do Estado somente será admitida em duas hipóteses, sendo que nenhuma delas, está presente no caso em análise. A primeira quando o dano sofrido por terceiro seja decorrente de um evento imprevisível e irresistível, ocasionando por força externa ao Estado e, o segundo quando a vítima der causa ao evento danoso. Mas, em qualquer, dos casos, compete ao Estado comprovar a existência de umas das causas de exclusão de sua responsabilidade, eis que não houve, de forma alguma, um caso fortuito ou de força maior e, menos ainda, culpa da vítima na ocorrência do dano que se busca reparar.”

⁸⁸ O Tribunal, em sua maioria, entende que a responsabilidade do Estado é subjetiva em casos de omissões destacadas (omissão do dever de fiscalização de obra pública, inação policial ou falha na segurança pública e omissão que resulta em dano multitudinário), o que demanda uma análise sobre o dolo e a culpa atribuída ao serviço estatal genericamente, além do nexos de causalidade entre a ação omissiva que se atribui ao Poder Público e o dano causado a terceiro, para que então seja configurada a responsabilidade.

Devido a não concordância entre os dois entendimentos sobre a responsabilidade da Administração por atos danosos omissivos o julgamento do Recurso Especial nº. 602.102/RS determinou vencedor o entendimento que pendia para a presença da culpa para a configuração da responsabilidade. No Recurso pedia-se a responsabilização da Administração pela morte de um sujeito, que estava internado em um hospital psicológico, que conseguiu fugir do local e cometeu suicídio pouco tempo depois. A Relatora Eliana Calmon afirma que: “se existe uma ação que cause dano, resta pacífico que se tem a responsabilidade objetiva quando a vítima de uma ação estatal deve ser objetivamente ressarcida, muito embora, no exame do nexo causal, seja preciso incursão no aspecto subjetivo do preposto estatal”. Em outros casos deve-se analisar o elemento subjetivo para que seja comprovada a culpa da vítima, o que afasta a responsabilidade. Assim, a questão se altera quando se está diante de danos oriundos de uma omissão, ou seja, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou o fez tardia ou insuficientemente”⁸⁹, confirmando o exposto sobre o entendimento restritivo do egrégio Tribunal no que se refere ao reconhecimento da responsabilidade estatal por atos omissivos.

O Ministro Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial n. 866.450/RS defende que a responsabilidade objetiva do Estado em se tratando de atos comissivos, que tenham como base a teoria do risco administrativo, se assenta na solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos. Esse entendimento, entretanto, não é estendido para atos omissivos, que se baseiam na teoria da culpa administrativa.⁹⁰

De forma majoritária, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, está adotando na fundamentação as soluções das ações indenizatórias, que tem como objeto a responsabilidade do Estado, a diferenciação entre atos omissivos genéricos e específicos.

O acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara Cível, no recurso de apelação (Apelação Cível nº 58.957/2008), que teve como relator o Desembargador Sérgio Cavalieri Filho traz:

⁸⁹REsp 602.102/RS, STJ, Segunda Turma. Relatora Eliana Calmon. A mesma ministra no julgamento do Resp 856.360/AC diretamente expressa seu voto para o entendimento de que a responsabilidade da Administração sempre será objetiva, comissiva ou omissiva, e que se deve apenas ser provado o nexo causal.

⁹⁰REsp 866.450/R, STJ, Segunda Turma, Relator Herman Benjamin.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Morte de Detento. Rebelião em Presídio. Omissão Específica da Administração. Responsabilidade Objetiva. Força Maior. Inocorrência Dano Materiais e Morais Caracterizados. O dever de o Estado manter e preservar a integridade física do preso é constitucional e legalmente imposto. O inciso XLIX do artigo 5º da Constituição da República não deixa dúvidas: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. No mesmo sentido preceitua o artigo 40 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”. Deveras, aos indivíduos residentes no país, segregados ou não, é garantida a inviolabilidade do direito à vida (CR, 5º, caput). A atividade administrativa, a que alude o art.37, § 6º da Constituição Federal, engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva, desde que essa omissão seja específica e se erija em causa direta e imediata do não impedimento do dano. A omissão é específica quando o Estado tem dever individualizado de agir e, por omissão sua, cria a situação própria para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, provado que a vítima morreu quando estava na Casa de Custódia de Benfica, assassinada por outros detentos em rebelião, não há como afastar a responsabilidade objetiva do Estado em razão da omissão dos seus agentes no cuidado e vigilância dos seus presídios. Destarte, não basta a mera guarda dos presos; é fundamental garantir-lhes a efetiva incolumidade – física e moral. Violado esse dever, surge um novo dever jurídico para o Estado: o de responder pelo dano causado, como consectário lógico necessário de um Estado de Direito. A rebelião de presos, em estabelecimento carcerário, se não for considerada fato previsível, é, quando menos, esperável, próprio da insatisfação humana provocada pela privação da liberdade individual. Evidentemente, outros fatores assomam-se, agravando o quadro experimentado em tais 2 circunstâncias, como, v.g., as diferentes personalidades dos custodiados, a convivência forçada de facções criminosas rivais, as péssimas condições/infraestrutura carcerária em nosso país. No Brasil, infelizmente, eventos desse jaez não são raros. À luz da teoria do risco administrativo, pode-se dizer que a rebelião de presos se enquadra no conceito de fortuito interno, assim designado o fato imprevisível e inevitável, mas, por ser inerente à atividade desenvolvida, não exclui o nexo de causalidade. Sentença parcialmente reformada.

Com o mesmo entendimento, o Desembargador Marco Aurélio dos Santos Froes, na Apelação Cível n. 2009.001.32380, destaca:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TENTATIVA DE ROUBO DE VEÍCULO E DE HOMICÍDIO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO EM VIA EXPRESSA DENOMINADA LINHA AMARELA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. OMISSÃO GENÉRICA. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. A responsabilidade civil do Estado, quanto a ato omissivo, deve ser calcada na existência de conhecimento, por parte da Administração, de situação possível de ocorrência de dano ao administrado, a chamada omissão específica. Ônus autoral de provar dano e nexo causal. Em relação à concessionária prestadora de serviço público a discussão cinge-se à teoria da responsabilidade civil objetiva, em que se faz necessária a comprovação da conduta, dano e nexo causal, pelo demandante, para surgir o dever de indenizar. Ante a ausência de uma delas, o pedido contido deve ser julgado improcedente. Acertada a sentença que julgou os pedidos improcedentes. Art. 557, caput do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO.⁹¹

⁹¹ Voto do relator: “Pela regra geral do §6, art. 37 da CF/88, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Tal norma não faz distinção entre atos omissivos ou comissivos, estabelecendo apenas a responsabilidade objetiva como regra geral. A doutrina, no entanto, passou a discutir se o §6 do art. 37 da CF/88 teria aplicação em relação às inações do Estado, sendo a questão cercada de grande polêmica. Uma primeira linha de raciocínio, baseada na supremacia constitucional e na interpretação literal, dispõe que, independente do ato lesivo ter decorrido de ação ou inação estatal, a responsabilidade será sempre

Para uma maior complementação do atual quadro no ordenamento jurídico brasileiro, o Projeto de Lei nº 5.480, de 2009, apensado ao PL nº 412, de 2011, idênticos entre si, versa sobre a responsabilidade estatal e menciona os pressupostos da responsabilidade sem restrições, ou seja, a exclusão dos atos omissivos da regra da responsabilidade objetiva. O artigo 4º do Projeto apresenta o rol dos pressupostos da responsabilidade.⁹²

No que tange ao nexo causal o artigo 6º do Projeto de Lei traz que “para configurar-se a responsabilidade deve ficar comprovada a existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão ou falta do serviço e fatos do serviço, da obra ou da coisa”. Em uma análise prévia, parece que se reúne em um mesmo artigo, duas regras diferentes excludentes sobre responsabilidade. A omissão que autoriza o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria da falta do serviço, pela qual este reconhecimento pressuporia, obrigatoriamente, a comprovação da culpa anônima, não sendo suficiente a indicação do funcionário causador do dano. O principal objetivo desta Lei é a realização do princípio da reparação integral da vítima.

No contexto internacional a norma que mais se assemelha ao positivado no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é a norma presente no ordenamento espanhol,

objetiva. Por outro lado, a segunda tese, defendida pelo Poder Público e com boa aceitação no STJ, entende que, em se tratando de omissão, a responsabilidade do Estado será sempre subjetiva, dependendo da prova de culpa de seus agentes. Uma terceira corrente, intermediária, faz distinção de acordo com o caso concreto, e segundo ela, a responsabilidade do Estado por omissão se divide em duas partes; quando a omissão é específica, ou seja, haveria um dever de agir do Estado, a responsabilidade será objetiva, e quando a omissão é genérica, isto é, não seria exigível do Estado uma atuação específica, será a responsabilidade subjetiva, demandando a prova da culpa e do nexo causal. Essa posição é objeto de cuidadosa análise por Sérgio Cavaliere Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, apontando como temperamento à segunda corrente, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Neste diapasão adoto o terceiro entendimento, porque mesmo que a Constituição Federal não faça distinção entre atos comissivos e omissivos, isto não significa, no entanto, que tenha a Carta Magna adotado a teoria do risco integral, elevando o ente público à posição de garantidor universal. A sentença considerou a responsabilidade objetiva e não haver prova da culpa e do nexo de causalidade. O pedido do apelante é baseado na falta de segurança em geral, não havendo nos autos qualquer prova ou indício de que havia presença de policiais no local e que nada fizeram. Ainda que se deseje que a segurança pública seja prestada de forma eficiente pelo Estado, eis que é um dever seu, não é razoável que se espere que a força policial esteja presente em todos os locais e, mais ainda, no momento em que marginais cometem assaltos, quando a criminalidade vem disputando redutos entre si e demonstrando tanta ousadia. Não como impedir que todos os fatos negativos ocorram, sem que haja provocação dos cidadãos ao atuar dos agentes públicos, quando então a omissão passaria a ser específica. Não há, assim, prova de omissão de dever específico e de nexo causal.

⁹² Art. 4º. A responsabilização civil das pessoas jurídicas públicas ou das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos: I - existência do dano e do nexo causal; II - estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções ou delas prevalecer-se, embora fora do horário de trabalho; III - ausência de causa excludente de responsabilidade, na forma do Capítulo V desta Lei.

prevista na Lei 30, de 1992, editada em consonância com regra de competência do *Artículo 106.2e 149, 1, 18*, da Constituição Espanhola.

O direito espanhol consagra expressamente a responsabilidade da Administração Pública. As excludentes são os casos de fortuito, conforme interpretação dos artigos 139 e 141 da *Ley 39.92*. Está presente a reparação das lesões injustas, apreciáveis economicamente, que tenham como causa atos comissivos ou omissivos do Estado devendo ser causadas de forma direta, ou seja, a responsabilidade da Administração não se reconhece apenas como uma cobertura dos danos causados por atos ilícitos dos funcionários e agentes dos entes públicos.

A responsabilidade direta se caracteriza nos casos de cometimento de atos lícitos e de atos ilícitos pelo Poder Público independentemente da culpa e excluem-se somente os casos de força maior. A jurisprudência espanhola aponta dois entendimentos sobre o assunto. Primeiramente, a força maior, como excludente da responsabilidade, equipara-se ao que no Brasil se denomina fortuito externo⁹³, e o caso fortuito, que não seria idôneo para se afastar a responsabilidade administrativa em uma interpretação a *contratio senso*, ao fortuito interno⁹⁴ (ENTERIA; TOMÁS-RÁMON, 2006). Na segunda, as excludentes de fato de terceiro e da vítima são admitidas, pois são casos em que não se pode caracterizar a causalidade entre a conduta administrativa e o dano, por isso é necessária a indicação de tais fatos como excludentes de responsabilidade (ENTERIA; TOMÁS-RÁMON, 2006).

A citação da jurisprudência espanhola resta esvaziada, pois tende a negar a configuração do nexos causal quando nas hipóteses em que são ajuizadas as demandas indenizatórias para a reparação de dano injusto decorrente de atos omissivos da Administração, pois não se reconhece a responsabilidade expressamente estabelecida na norma de regência.

Em regra geral, em matéria de urbanismo, a responsabilidade por negligência subordina-se à prova de existência de uma simples omissão de um dano e uma conexão entre a omissão e o dano.

O questionamento da responsabilidade da Administração nas atividades de supervisão e de controle é tido como a prova da existência de uma negligência grave. Esta regra se aplica ao controle exercido pelas coletividades locais e seus

⁹³ Caso fortuito externo é o fato ligado à natureza e estranha à atividade do agente. Pode ser entendido como sinônimo de força maior. (GONÇALVES, 2011).

⁹⁴ Caso fortuito interno é o fato ligado à pessoa, à coisa ou à empresa do agente. (GONÇALVES, 2011).

estabelecimentos públicos assim como o controle exercido pelas autoridades responsáveis nas normas para o desenvolvimento urbano ou pelas associações sindicais. Da mesma forma, o cumprimento de responsabilidade do Estado tendo como fundamento uma decisão judicial supõe a existência de uma negligência grave (GÉRARD, 1999).

Após esta breve caracterização será abordada a Responsabilidade da Administração especificamente nos casos de Regularização Fundiária de Interesse Social.

4.4. A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

4.4.1. PROCEDIMENTO PARA A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

As regras que regulam o parcelamento do solo no Brasil estão previstas na Lei 6.766/79. Este diploma legal é de suma importância, pois trata diretamente do Direito à Moradia previsto no texto constitucional. O artigo 40 da Lei em análise dispõe ser de competência do Poder Executivo Municipal a regularização de um loteamento não autorizado ou que tenha sido feito desrespeitando as previsões contidas na Licença. Se o Município exercesse de forma efetiva o seu poder de fiscalização, certamente as ações implementadas preveniriam lesões ao padrão estabelecido para o desenvolvimento urbano e protegeria os direitos dos adquirentes dos lotes.

Ao se analisar o artigo 30, VIII, da Constituição Federal observa-se, ainda, que é da competência do Poder Público Municipal, a promoção do adequado ordenamento territorial por meio de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo. Dessa forma, já estaria configurada falha do serviço a mera existência de loteamentos irregulares, pois estes expressam a configuração da negligência da Administração Pública no exercício do Poder de Polícia⁹⁵.

⁹⁵ O artigo 78 do Código Tributário Nacional define o poder de polícia: cconsidera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”

Com a publicação da Lei Federal 6.766/79, os Municípios foram dotados de instrumentos legislativos necessários e adequados para que adotassem uma postura proativa na regularização de loteamentos que possuam irregularidades. Estes instrumentos estão elencados nos artigos 38, § 2º e § 5º⁹⁶, 40⁹⁷ e 41⁹⁸ do supracitado diploma legal.

Atualmente, no que se refere à regularização fundiária, o principal problema enfrentado pelas Prefeituras é a ausência de comprovação de propriedade e depois da prova, a confrontação com a gleba loteada. Esta problemática advém do fato de não se exigir que o domínio da área loteada seja comprovado quando da aprovação do loteamento.

Após a comprovação do domínio, a nova etapa é a adequação do imóvel ao loteamento. O depósito do pedido de averbação pode ser feito não mais apenas com o objetivo de defesa dos direitos da Administração, mas também no que se refere às vias públicas e aos espaços livres e à transmissão ao cartório do plano do loteamento com a demarcação dos lotes conforme o que foi verificado pelos responsáveis.

⁹⁶Art. 38. Verificado que o loteamento ou desmembramento não se acha registrado ou regularmente executado ou notificado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, deverá o adquirente do lote suspender o pagamento das prestações restantes e notificar o loteador para suprir a falta. § 2º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, ou o Ministério Público, poderá promover a notificação ao loteador prevista no caput deste artigo. § 5º No caso de o loteador deixar de atender à notificação até o vencimento do prazo contratual, ou quando o loteamento ou desmembramento for regularizado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, nos termos do art. 40 desta Lei, o loteador não poderá, a qualquer título, exigir o recebimento das prestações depositadas

⁹⁷Art. 40. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes. § 1º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, que promover a regularização, na forma deste artigo, obterá judicialmente o levantamento das prestações depositadas, com os respectivos acréscimos de correção monetária e juros, nos termos do § 1º do art. 38 desta Lei, a título de ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento. § 2º As importâncias despendidas pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, para regularizar o loteamento ou desmembramento, caso não sejam integralmente ressarcidas conforme o disposto no parágrafo anterior, serão exigidas na parte faltante do loteador, aplicando-se o disposto no art. 47 desta Lei. § 3º No caso de o loteador não cumprir o estabelecido no parágrafo anterior, a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, poderá receber as prestações dos adquirentes, até o valor devido. § 4º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para assegurar a regularização do loteamento ou desmembramento, bem como o ressarcimento integral de importâncias despendidas, ou a despender, poderá promover judicialmente os procedimentos cautelares necessários aos fins colimados. § 5º A regularização de um parcelamento pela Prefeitura Municipal, ou Distrito Federal, quando for o caso, não poderá contrariar o disposto nos arts. 3º e 4º desta Lei, ressalvado o disposto no § 1º desse último.

⁹⁸Art. 41. Regularizado o loteamento ou desmembramento pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro, de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado.

Nos casos em que o parcelamento do solo é realizado em desconformidade com a planta aprovada pelo Poder Público, o loteador deverá refazê-la ou realizar as adequações à realidade estrutural do loteamento.

Se restar comprovado que as obras exigidas não foram executadas de acordo com o termo assinado na aprovação do loteamento ou em desconformidade com a legislação vigente, o loteador será intimado para realizar as adequações necessárias. A Administração concederá um prazo razoável para a apresentação de defesa ou de um cronograma para a realização das obras. Caso o departamento jurídico aceite o cronograma o loteador receberá a autorização para a execução das obras. Após o término do prazo para que as obras sejam concluídas uma vistoria no local é realizada e, se as obras estiverem corretas, é lavrado um auto de regularização para o loteador.

Se as obras forem recusadas a regularização do loteamento continuará apenas no que se refere a aspectos jurídicos. Nesse caso, o processo é remetido à Procuradoria do Município com o objetivo de acionar o loteador, a fim de que seja obtida por via judicial, a determinação de que as obras sejam executadas ou efetuado o depósito de certa quantia correspondente a elas.

Posteriormente a planta é enviada ao cartório para que seja verificado qual ato de registro será feito. Os cartórios, por sua vez, averbam a abertura de logradouros e da reserva de espaços livres na matrícula do imóvel e as escrituras de venda nas matrículas dos lotes, abertas na medida em os títulos são apresentados.

O artigo 41 da Lei 6.766/79 determina que quando o loteamento ou desmembramento for regularizado pelo Poder Público, o adquirente ao comprovar que todas as prestações correspondentes ao pagamento dos lotes foram depositadas, poderá obter o respectivo registro de propriedade.

A responsabilidade da regularização fundiária pelo Município ocorre por meio da exigência feita ao loteador para a realização de obras sendo no mínimo a abertura de vias de circulação, demarcação de lotes e a construção de galerias para escoamento de águas pluviais. É preciso, também, que o Município faça o depósito em cartório dos documentos⁹⁹ elencados no artigo 18 da Lei sobredita, cumprindo todas as fases do processo, inclusive a publicação dos editais.

⁹⁹Art. 18. I - título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula, ressalvado o disposto nos §§ 4º e 5º; II - histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vintes anos), acompanhados dos respectivos comprovantes; III - certidões negativas: a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel; b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez)

No caso dos loteamentos irregulares não há como exigir que a Administração Pública preceda à verificação de tais documentos pelo simples fato de estes já terem sido feitos. O que se objetiva é a reparação de faltas cometidas e não a prevenção de prejuízos futuros. À Prefeitura basta requerer o registro do loteamento e a comprovação da propriedade do loteador para a matrícula no cartório sem que seja necessário apresentar o rol de documentos elencados no artigo 18.

A Prefeitura pode, conforme o artigo 38 da Lei de Parcelamento de Solo, realizar a notificação do responsável pelo loteamento para que sejam suspensos os pagamentos realizados pelos compradores dos lotes até que a falta seja sanada.

A Lei cria dessa forma um mecanismo jurídico compensatório, ou seja, uma vez que houve falha no serviço de fiscalização para que não se constitua um dever de indenizar, conforme o previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal surge uma oportunidade para que a Prefeitura corrija seu erro e forneça a urbanização para o loteamento, garantindo o reembolso por eventuais gastos, pois irá se utilizar do levantamento das prestações com acréscimos de correção monetária e juros, depositadas pelos adquirentes dos lotes. A construção de novos equipamentos urbanos e até mesmo a expropriação são autorizados na tentativa de regularização do loteamento. E, se, a Prefeitura permanecer com déficit devido aos gastos nas obras de urbanização, poderá ingressar com pedido de ressarcimento junto ao loteador (RIZZARDO, 2014).

O mesmo artigo assevera que ao ser verificado que o loteamento é irregular seja no que se refere ao registro ou à execução das obras o loteador pode ser notificado tanto pela Prefeitura quanto pelo Ministério Público e pelos adquirentes dos lotes para que as falhas sejam supridas. O artigo 49 prevê que a notificação pode ser também feita pelo cartório de registro de imóveis ou pelo cartório de registro de títulos e documentos e judicialmente.

anos;c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública.IV - certidões:a) dos cartórios de protestos de títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos;b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos;c) de ônus reais relativos ao imóvel;d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos.V - cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras; VI - exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei; VII - declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.

No diploma legal mencionado não há previsão para que o loteador sane as falhas existentes. Quando estas forem realizadas, a ele cabe requerer que sejam adotadas as providências para a declaração administrativa da regularidade do loteamento e autorização para a realização do levantamento das prestações depositadas pelos adquirentes dos lotes. O artigo 38, § 3º, da Lei 6.766/79 dispõe que este levantamento só pode ser realizado através de autorização judicial.

O compromissário comprador, devido à notificação ao loteador, deve realizar o depósito das prestações referentes ao seu lote no cartório de registro de imóveis em que foi feito o registro do loteamento. Em alguns Estados é autorizado o depósito das prestações em agências bancárias da Caixa Econômica Federal, na tentativa de evitar que os cartórios fiquem sobrecarregados devido ao elevado número de loteamentos irregulares existentes. A Prefeitura, nesta hipótese deverá enviar aos compromissários compradores carnês bancários que possibilitem a realização deste pagamento.

A proibição de levantamentos referentes aos pagamentos dos lotes em loteamentos irregulares demonstra o destaque concedido pelo legislador para o papel que é desempenhado pelos Municípios na regularização destes, pois se o loteamento continua sendo irregular, as Prefeituras não irão autorizar a realização do levantamento.

O artigo 38, §5º do dispositivo trata sobre os casos em que o loteador tendo sido notificado deixa de realizar a regularização do loteamento dentro do prazo contratual e de quando o loteamento ou desmembramento é regularizado pela Administração. Nestes casos o loteador não poderá exigir o recebimento dos valores depositados.

Se a Prefeitura para a realização da regularização do loteamento despendeu valores inferiores aos depositados ou não teve gastos, entende-se que o loteador não deve perder para a Administração estas quantias, pois configuraria enriquecimento sem causa.

No caso de as prestações depositadas não sejam suficientes para a satisfação das despesas totais da regularização o Município deve, pelas vias judiciais, obter que o loteador complemente os valores até o integral ressarcimento. Se os valores obtidos não forem suficientes a Administração pode exigir dos compradores as quantias que foram usadas na regularização do loteamento.

Já o artigo 40 se refere aos casos em que a regularização do loteamento ou desmembramento é feita pela Administração quando o loteador desatende à notificação.

Importa ressaltar que esta notificação não é apenas um poder-dever que seja transformado em norma de conduta com o objetivo único de prevenir danos aos padrões de desenvolvimento urbano e se cinja aos aspectos técnicos do loteamento, pois deve a Administração defender os direitos dos adquirentes dos lotes, o que implica na regularização dos loteamentos, pois sem que isto ocorra os compradores não podem realizar cessões, promessas de cessões ou transmissões definitivas nos cartórios imobiliários.

Após as considerações realizadas sobre o instituto da regularização fundiária de interesse social será desenvolvida uma breve análise sobre os instrumentos jurídicos aptos para legalização da situação dominial das áreas ocupadas em locais públicos e privados.

4.4.2 INSTRUMENTOS PARA A REGULARIZAÇÃO DOMINIAL

Os instrumentos jurídicos para a regularização dominial se dividem em dois grupos: os mecanismos que formalizam o exercício de posse ou do domínio útil aliado à transferência de direitos reais e os instrumentos de transferência do bem ou sua aquisição primária pela população que habita de forma irregular o terreno.

A formalização da posse na regularização fundiária ocorre por meio do reconhecimento de direitos reais especialmente em áreas públicas. Pode ser observada esta tendência com uma análise da Lei 11.977/2009 que aborda os mecanismos da demarcação urbanística e legitimação de posse na regularização fundiária que tratam sobre o reconhecimento da posse mesmo quando ela se transforma em propriedade de imóveis privados.

Esta constatação é compatível com o direito à moradia e com o princípio da função social da propriedade, pois não é só a propriedade que concretiza o direito à moradia e o princípio da função social da propriedade.¹⁰⁰

A consolidação da moradia ocorre com a garantia de segurança jurídica da posse, da habitabilidade, da disponibilidade de serviços e da infraestrutura, do custo acessível e da acessibilidade. Uma vez que a segurança jurídica se dá com o exercício da posse, a propriedade não é fundamental para que se concretize o direito à moradia do

¹⁰⁰ Patrícia Menezes de Cardoso assevera que para que se transforme a estrutura fundiária nacional, coibindo a concentração e exclusão é preciso que se supere o paradigma da propriedade plena, uma vez que a gestão do uso da terra não depende da transferência de domínio (CARDOSO, 2010)

ocupante do terreno, ou seja, não se almeja que todos tenham a propriedade do imóvel e o que se busca é a garantia do exercício do direito à moradia de forma digna e segura.

Já a função social da propriedade se relaciona ao uso. Não é relevante saber quem é o proprietário do imóvel, mas se a sua função social está sendo desempenhada. O que importa é se o bem está sendo utilizado e se o uso se encontra albergado pelo ordenamento jurídico (MARQUES NETO, 2009).

4.4.2.1. ÁREAS PÚBLICAS

No que tange aos bens de domínio público é importante fazer breves apontamentos sobre o instituto da afetação nos casos de regularização fundiária de interesse social, pois ele deve ser observado previamente aos instrumentos que serão analisados.

Afetação é a consagração de um bem público em função estabelecida pelo Estado. Decorre do princípio da função que a utilização dos recursos do Estado só se justifica se atendem às necessidades coletivas (MARQUES NETO, 2009).

Essa análise é importante, pois, na maioria das situações, a afetação expressa do bem público ocupado por moradores de baixa renda se encontra em descompasso com a ocupação. A análise deste desacerto se torna importante para o reconhecimento do direito à permanência da população. Existem quatro possibilidades de uso do instituto na regularização.

Quando o imóvel se encontra ocupado a afetação ocorre em dois casos (1) ou existe coincidência entre a afetação expressa do bem e sua utilização, sendo viável a realização de processos de regularização fundiária, (2) ou existe um descompasso entre a afetação expressa do bem e sua utilização de fato. Nas situações em que não há ocupação do bem, porém a Administração intenta destinar o bem público à regularização as hipóteses são (3) o bem pode ser afetado expressamente com uma finalidade similar à intenção, (4) ou o bem deve ter uma afetação expressa diferente sendo necessário alterar a afetação para que a intenção se concretize.

Nas situações 1 e 3 tem-se alguma espécie de afetação expressa que vincula o bem a uma destinação que envolve a regularização fundiária. É necessário apenas utilizar os instrumentos que serão tratados abaixo para que na primeira se garanta a segurança jurídica aos que exercem o domínio útil e para que sejam realizadas

melhorias urbanísticas na área. Na terceira hipótese deve-se integrar o bem já afetado a projetos de regularização fundiária promovendo a habitação de moradores que foram realocados devido a outros processos de regularização em outras zonas, por exemplo (MARQUES NETO, 2009).

Nos casos 2 e 4 é necessário que sejam adotadas providências que alterem a afetação expressa do bem através da desafetação seguida por afetação em outra finalidade. Na situação 2 em que os moradores já estão em uma realidade fática de uso do bem é possível que se realize a afetação tácita do bem público, pois esta não precisa de um ato formal, já que se manifesta por um fato ou circunstância concreta de emprego do bem a uma finalidade (MARQUES NETO, 2009).

4.2.1.1. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU), regulamentada pelo Decreto-Lei nº 271/1967 é um contrato cujo objetivo é a concessão de direitos reais sobre bens públicos a particulares ¹⁰¹, desde que se destinem aos fins buscados pela legislação como, por exemplo, a regularização fundiária de interesse social, urbanização, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas.

Suas principais características são o fato de poder ser: gratuita ou onerosa, por tempo certo ou ilimitado; resolúvel e contratada por instrumento público ou particular ou por simples termo administrativo. No aspecto econômico é possível ser gratuito quando a população beneficiária da CDRU não tenha recursos suficientes para arcar com os encargos financeiros.

O fato de ser necessária autorização legislativa prévia para que o instituto seja utilizado merece destaque, pois o texto constitucional delimita apenas um caso em que a autorização legislativa é imprescindível, a concessão de terras públicas da União com área superior a dois mil e quinhentos hectares. Assim, ao ser exigida a autorização legislativa para qualquer CDRU haveria uma ampliação da ingerência legislativa na esfera executiva, o que tornaria o dispositivo inconstitucional. Mas, não somente a Lei 8.666/93 em seu artigo 17, I, “f” previu esta situação como também o fizeram várias Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Por não haver questionamento

¹⁰¹ No artigo 7º do Decreto-Lei há a possibilidade de aplicação da CDRU a bens privados.

sobre a inconstitucionalidade aconselha-se que se proceda à autorização legislativa para a CDRU.

O mesmo artigo 17, I, “f” prevê a dispensa de licitação para a CDRU quando ela for utilizada para programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social. O Estatuto da Cidade traz a possibilidade de contratação coletiva da CDRU se inserida em programas e projetos habitacionais de interesse social. Foi também reforçado o caráter de escritura pública do instituto e sua aceitação obrigatória como garantia em contratos de financiamento habitacional.

4.2.1.2. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEFM) também é considerada como um contrato que transfere, individual ou coletivamente, direitos reais a serem exercidos pelo concessionário, respeitando os encargos estabelecidos e mantendo-se a finalidade que ensejou a concessão assemelhando-se à CDRU.

Na CUEFM a concessão de uso pode ser atribuída ao concessionário com a configuração de um direito oponível do possuidor mesmo em imóveis públicos conforme previsão do artigo 183, §1º, da Constituição Federal. A Medida Provisória nº 2.220/2001 ampliou o previsto na Constituição ao dispor sobre duas hipóteses que ensejam o surgimento do direito à CUEFM em imóveis públicos situados em área urbana, objeto de posse. A primeira trata individualmente sobre o caso de o concessionário possuir como seu para sua moradia e de sua família durante cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250 m² de área. Já a segunda, coletivamente, na hipótese de ocupação composta por população carente para sua moradia, não sendo viável a identificação dos terrenos ocupados por possuidor, e que em cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, se localize em imóveis que possuam área maior do que 250 m².

O prazo de cinco anos de exercício ininterruptos e sem oposição nas duas hipóteses foi limitado até 30 de junho de 2001, buscando-se com isto, a consolidação de situações prévias à MP 2.220/2001¹⁰². O artigo 1º, §1º da MP restringe a concessão da CUEFM a possuidores que não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer

¹⁰² Pode ser identificado uma restrição ao direito previsto pelo artigo 183 da Constituição Federal, pois ele não limita a garantia do direito a situações configuradas antes de uma determinada data.

título, de outro imóvel urbano ou rural. A concessão possui forma gratuita e tem caráter perpétuo desde que a destinação do bem como moradia se mantenha e o concessionário não venha a adquirir a propriedade ou concessão de outro imóvel urbano ou rural.

Nos casos de exercício do direito coletivamente para a comprovação do tempo que será analisado para a consecução do direito à CUEFM poderá ser computado a soma das posses do possuidor e de seu antecessor. Esta norma é de fundamental importância devido à rotatividade que existe nas favelas, pois visa a garantir a moradia àquele que estiver na posse do imóvel (SAULE JÚNIOR, 2004). Na hipótese de divisão do terreno ela será feita igualmente para cada possuidor, não importando o tamanho da área ocupada por cada um, salvo se os possuidores tiverem acordado quanto ao estabelecimento de frações ideias diferenciadas conforme o estabelecido no artigo 2º, §2º da MP 2220/2001.

O artigo 4º da MP discorre sobre as ocupações que se encontram em áreas de risco à vida e à saúde dos moradores. Cabe ao Poder Público a garantia do exercício do direito à CUEFM em outro local. O artigo 5º do diploma prevê que o Poder Público poderá garantir o exercício do direito em outro local nos casos de a ocupação se encontrar em imóvel situado em via de comunicação, destinado a projeto de urbanização, de uso comum do povo, reservado à construção de represas e obras congêneres e de interesse da defesa nacional ou de preservação ambiental e da proteção de ecossistemas naturais.

A principal diferença entre a CUEFM e as outras concessões de uso reside no fato dela ser um ato vinculado da Administração Pública conferido ao possuidor ao se preencher os requisitos estabelecidos em Lei. Este caráter de direito subjetivo se evidencia no disposto no artigo 6º da MP que dispõe que o título da CUEFM pode ser pleiteado judicialmente quando a Administração exceder 12 meses para deferir o pedido (MARQUES NETO, 2009).

O artigo 9º da Medida versa sobre os imóveis destinados a uso comercial. Neste caso o Poder Público poderia autorizar o uso ao concessionário que, até 30 de junho de 2001, possui como seu, durante 5 anos ininterruptamente e sem oposição, até 250 m² de imóvel público urbano. Essa medida no âmbito da regularização fundiária de interesse social, é o reconhecimento de que as comunidades são apenas ocupadas por residências e que os comércios locais possuem fundamental função social (MARQUES NETO, 2009).

4.2.1.3. AFORAMENTO

O aforamento, também denominado de enfiteuse¹⁰³, confere ao foreiro (beneficiário) direitos reais de posse, uso e gozo pleno. O mecanismo pode ser utilizado se o foreiro pagar um valor (foro¹⁰⁴) anualmente por usufruir do domínio útil do bem e no caso de alienação do domínio, na hipótese de o Poder Público não exercer seu poder de preferência, o valor será de 5% do valor do imóvel ao Poder Público.

A Constituição Federal de 1988 praticamente retirou do sistema jurídico pátrio o instituto, pois o artigo 49, §3º do ADCT, restringiu sua aplicabilidade apenas aos terrenos de marinha e seus acrescidos.

4.2.1.4. DOAÇÃO

A doação é uma modalidade contratual em que há a transferência da propriedade. O Código Civil brasileiro no artigo 538 define a doação como um contrato em que, por liberdade, estipula-se a transferência de bens ou vantagens do patrimônio de uma pessoa (doador) para outra (donatário) que pode ser firmada com ou sem encargos que podem variar de prestação de serviços a remuneração em pecúnia.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece os requisitos principais para que a Administração Pública utilize o instituto: a obrigatoriedade de lei autorizativa na doação de bem imóvel e a realização de licitação para escolha do doador, devendo ser utilizada a modalidade de concorrência. A realização de licitação não é obrigatória no caso de doação de bens imóveis para a regularização fundiária de interesse social.

O artigo 17 do diploma legal estabelece que a licitação é dispensada quando realizada por órgãos ou entidades da Administração nos casos de: utilização do bem imóvel em programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social; bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social e terras públicas

¹⁰³ Os dois instrumentos possuem grandes semelhanças, mas o aforamento, foi citado no artigo 678 do Código Civil de 1916, foi regulamentado pelo Decreto-Lei 9.760/46, que versa especificamente sobre bens imóveis da União. A enfiteuse foi regulamentada no Cap. II do Título III- Dos Direitos Reais Sobre Coisas Alheias, do Código Civil de 1916, e se aplica sem a referida limitação quanto ao detentor do domínio público do bem. Ocorre que a própria legislação em momentos usa um termo ora outro como se fossem o mesmo mecanismo.

¹⁰⁴ Artigo 101 - Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% do valor do respectivo domínio pleno, atualizado anualmente. Decreto-Lei nº 9760/46

rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 módulos fiscais ou 1,500 ha. para fins de regularização fundiária de interesse social.

Os encargos presentes no artigo 17, §1º que se referem à reversão da doação, quando findas as razões que justificaram a doação e a vedação à alienação do bem recebido pelo donatário, não se aplicam aos casos relacionados com a regularização fundiária de interesse social.

No que se refere aos processos de regularização fundiária de interesse social em terras da União da Amazônia Legal a Lei nº 11.952/2009 estabelece que os Municípios que desejarem receberão doação da União para a realização de atos destinados à regularização fundiária. Destaca-se a possibilidade de doação gratuita de terras diretamente aos beneficiários desde que cumpram os requisitos elencados no artigo 30, I¹⁰⁵, do Diploma.

4.2.2. ÁREAS PRIVADAS: USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA

A *ratio* que inspira a usucapião especial urbana é a busca de uma solução para a aparentemente insolúvel questão da moradia nas grandes cidades, direcionando os imóveis urbanos para a realização da função social (HORBACH, 2004).

O artigo 183 da Constituição Federal dispõe que tem o direito a adquirir o domínio pleno da propriedade de área urbana de até 250 m² aquele que a possuir como sua por 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, desde que utilize o local para sua morada e sua família e não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O Estatuto da Cidade, alterando a previsão constitucional, criou duas modalidades em que os critérios seriam utilizados: a individual e a coletiva. Abaixo estão elencadas as características comuns a ambas.

No que se refere ao conteúdo da expressão área urbana existem duas possibilidades elencadas doutrinariamente: urbana como área localizada em área urbana,

¹⁰⁵ Art. 30. O Município deverá realizar a regularização fundiária dos lotes ocupados, observados os seguintes requisitos: I - alienação gratuita a pessoa natural que tenha ingressado na área antes de 11 de fevereiro de 2009, atendidas pelo beneficiário as seguintes condições: a) possua renda familiar mensal inferior a 5 (cinco) salários mínimos; b) ocupe a área de até 1.000m² (mil metros quadrados) sem oposição, pelo prazo ininterrupto de, no mínimo, 1 (um) ano, observadas, se houver, as dimensões de lotes fixadas na legislação municipal; c) utilize o imóvel como única moradia ou como meio lícito de subsistência, exceto locação ou assemelhado; e d) não seja proprietário ou possuidor de outro imóvel urbano, condição atestada mediante declaração pessoal sujeita a responsabilização nas esferas penal, administrativa e civil.

conforme o estabelecido no Plano Diretor e urbana como área com destinação urbana, ou seja, com uso predominante para fins de moradia e não para fins de exploração econômico-rural, não importando a zona na qual está inserida.

O artigo 47 da Lei do Programa Minha Casa Minha Vida adota a primeira interpretação, estabelecendo para fins de regularização fundiária de assentamentos urbanos, que a área urbana é equivalente à parcela do território, contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica. Ao se analisar o ordenamento jurídico como um todo e por não haver uma delimitação conceitual no Estatuto da Cidade, este é o entendimento supracitado que prevalece.

Outras características comuns das modalidades são: sobrestamento de quaisquer ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel que já esteja com processo judicial de usucapião em curso; intervenção obrigatória do Ministério Público, possuem legitimidade para a propositura da ação o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente, os possuidores em estado de composesse, ou como substituto processual, a associação de moradores da comunidade; o rito processual na ação judicial é o sumário e o direito aos benefícios da justiça gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

Feitos tais apontamentos, passa-se à análise das especificidades de cada modalidade.

4.4.2.2.1. INDIVIDUAL

O artigo 9º do Estatuto da Cidade apenas acrescenta dois delineamentos para aplicação do instituo em comparação ao texto constitucional.

Um se refere à outra delimitação do conceito da expressão “área urbana” destacando o termo área. O *caput* do artigo citado além da previsão de área urbana faz a inclusão do termo edificação urbana, positivando o entendimento de que o texto constitucional já abrangia a área do terreno ou a área da edificação nele inserida. O outro permite que o herdeiro adicione, de pleno direito, o tempo de posse de seu antecessor para contagem do prazo, bastando apenas que resida no imóvel na abertura da sucessão. Privilegia-se o herdeiro que, conjuntamente ao seu antecessor, exerceu a posse da área urbana para fins de moradia. Após a aprovação do Código Civil de 2002, se tornou possível a soma das posses, seja herdeiro ou não, em qualquer das

modalidades de usucapião para fins de comprovação do tempo de exercício da posse (HORBACH, 2004).

4.4.2.2. COLETIVA

O artigo 10 do Estatuto da Cidade define algumas hipóteses de incidência da norma no que se refere à usucapião especial coletiva: a especificação da população de baixa renda como destinatária do instituto; a possibilidade de o título ser reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez; impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor e no lugar da área máxima, a previsão de área mínima de 250 m².

Os critérios do uso da área para fins de moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural permanecem os mesmos.

Descreve também como características desta modalidade a possibilidade de acrescentar sua posse à de seu antecessor desde que contínuas, criação de um condomínio, que somente pode ser extinto por deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no qual todos os possuidores detêm a mesma fração ideal do terreno, ressalvados acordos escritos entre os condôminos e a sua declaração em juízo, a qual servirá de título para o registro em cartório de registro de imóveis.

4.4.3. INSTRUMENTOS NORMATIVOS DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

No ordenamento jurídico brasileiro os instrumentos normativos que podem ser utilizados na imputação da responsabilidade da Administração Pública na regularização fundiária de interesse social estão previstos no artigo 40 da Lei 6.76/79 e nos artigos 30, VIII e 37, *caput* e o § 6º da Constituição Federal.

No que se refere à regularização fundiária de interesse social a Lei 6.766/79 assevera que os loteamentos devem passar por duas análises em seu controle e regulamentação. A primeira, realizada pelo Município e a outra pelos cartórios, devendo observar neste caso a Lei de regência e a Lei 6.015/73, de Registros Públicos. Já as

incorporações imobiliárias passam somente pela etapa de cartório em que há uma análise da planta do empreendimento.

Esta etapa ocorre porque as imobiliárias tendem a burlar os requisitos de arreamento, submissão às autoridades municipais e a destinação das áreas institucionais. Criam-se bolsões habitacionais que violam preceitos urbanísticos fundamentais que ferem o preceito constitucional da função social da propriedade.

A fiscalização pública das construções ocorre pelo controle técnico funcional da edificação particular, que deve levar em consideração as normas de segurança, higiene da obra, de acordo com sua destinação, e de ordenamento da cidade previstas nas normas de zoneamento, uso e ocupação do solo. Então, se o Município não cumpre sua função de fiscalização deve ressarcir todos os prejuízos que o administrado tiver sofrido e aqueles que ele vier a sofrer (MEIRELLES, 2007).

Nesse diapasão, ao se analisar a Constituição Brasileira destaca-se a presença de um dos princípios que regem a Administração Pública¹⁰⁶, a eficiência e, por isso, existe a obrigação de indenizar por parte do Poder Público os prejuízos oriundos de falhas na prestação de seus serviços. Os Municípios são entes da federação que devem desempenhar suas tarefas respeitando o texto constitucional. Assim, sendo o princípio da eficiência um preceito fundamental o seu descumprimento enseja a interposição da arguição prevista no artigo 102, §1^o¹⁰⁷, da Constituição Federal.

O argumento que fundamenta a inconstitucionalidade ou o descumprimento da Constituição neste caso se baseia no fato do ato infringir os dispositivos constitucionais. Toda a inconstitucionalidade se encontra em um mesmo patamar, não existindo uma gradação ou mensuração de uma eventual intensidade da inconstitucionalidade detectada. Ou o ato é inconstitucional ou não é. Se existir ela será absoluta em sua manifestação. Dessa maneira, todo ato normativo, toda lei ou comportamento praticado que viole as normas constitucionais é inconstitucional, seja por um lado ao afetar a comunidade em sua integralidade (Lei incompatível com a Constituição) ou quando há apenas o interesse de um indivíduo (quando o particular viola os direitos fundamentais

¹⁰⁶Artigo 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

¹⁰⁷Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. O Art. 1o, caput, da Lei no 9.882/99: caberá a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

de outro) ou quando a Administração Pública desrespeita os direitos do cidadão cotidianamente (TAVARES, 2001).

A Constituição prevê claramente que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado que prestam serviço público responderão ao causarem danos a terceiros, ou seja, todas as entidades estatais e particulares que prestam serviço público têm a obrigação de indenizar a vítima, independente de culpa (MEIRELLES, 2007).

No que tange a regularização fundiária de interesse social, o administrado pode compelir a Administração Municipal a atuar na defesa de seus direitos conforme o disposto no artigo 40, da Lei 6.766/79. Esta é uma configuração do poder-dever da Administração, que não pode se recusar a cumpri-lo. O Município também pode ser condenado a realizar a regularização do loteamento de acordo com o estabelecido nas disposições previstas na Lei 6.766/79.

A princípio a responsabilidade pela regularização de loteamentos é do loteador. Mas nos loteamentos irregulares, na grande maioria dos casos, a regularização perante a Administração não é feita pelo responsável. O legislador ao prever esta situação dispõe no artigo 40 da Lei 6.766/79 ser de competência municipal a regularização de loteamentos irregulares.

Outro fundamento que embasa a responsabilidade de Administração reside no fato de o texto constitucional de 1988 dispor que a execução da política e desenvolvimento urbano é responsabilidade do Poder Público Municipal e tem como objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais urbanas e a garantia do bem-estar de seus habitantes. O Artigo 30, VIII¹⁰⁸, da Constituição Federal assevera ser de competência do Município a promoção do adequado ordenamento territorial.

É pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a Administração Pública Municipal tem o poder-dever, e não a faculdade, de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população, pois as administrações municipais possuem mecanismos de autotutela e, podem obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária. O poder-dever do Município se estende

¹⁰⁸ Art. 30. Compete aos Municípios: VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo

à garantia de que o loteamento irregular atenda ao regulamento específico para a sua constituição.¹⁰⁹

No julgamento do Recurso Especial 432531, o Ministro relator Franciulli Netto assevera que o Poder Judiciário pode compelir a Administração Municipal a cumprir este poder-dever. Ao Município compete além da regularização do parcelamento, a regularização das edificações, do uso e da ocupação do solo. Para o Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento de que esta competência é vinculada.

O Município deve promover a regularização tanto da parte estrutural do loteamento quanto a regularização formal. É de sua competência a realização das obras de infraestrutura que não tiverem sido implantadas pelo loteador, como pode ser verificado pelo julgado abaixo.

REEXAME NECESSARIO. APELACAO CIVEL. FALTA DE COMPLEMENTACAO DO PREPARO. ACAO CIVIL PUBLICA. LOTEAMENTO URBANO. AUSENCIA DE INFRA-ESTRUTURA LEGALMENTE NECESSARIA. DEVER DE IMPLEMENTAR OS EQUIPAMENTOS URBANOS COMUNITARIOS. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DO MUNICIPIO.

4 - A CF/88, CORROBORADA PELO ART. 40 DA LEI 6766/79, PRECONIZAM A RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DA MUNICIPALIDADE EM RELACAO A REALIZACAO MATERIAL DA CONSTRUCAO DA INFRA-ESTRUTURA MINIMA EXIGIDA NA LEI DO LOTEAMENTO DO SOLO, PARA QUE OS ADQUIRENTES DOS LOTES TENHAM CONDICOES MINIMAS DE MORADIA CONDIGNA.

5 - APELACAO NAO CONHECIDA. DUPLO GRAU NECESSARIO CONHECIDO PARA MANTER INCOLUME A R. SENTENCA.

Entende a Suprema Corte que o Município é responsável solidariamente junto com o loteador pela inexecução de obras de infraestrutura e que ele tem legitimidade para responder pela omissão e inação da loteadora ¹¹⁰.

O fato de o Município responder solidariamente pela regularização de loteamento urbano, ante a inércia dos empreendedores na execução das obras de infraestrutura, origina-se no poder-dever de fiscalização das obras que vai desde a aprovação à execução das obras. A atividade de fiscalização da Administração é vinculada conforme-se se depreende-se da análise dos julgados abaixo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DE SOLO. MUNICÍPIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (...) 2. O

¹⁰⁹ REsp 448216 SP 2002/0084523-8 que teve como Relator o Ministro Luiz Fux.

¹¹⁰ REsp 252512 SP. Relatora Ministra Eliana Calmon

Município tem o poder-dever de agir para que loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição. 3. O exercício dessa atividade é vinculada. 4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no pólo passivo da demanda"¹¹¹

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PARCELAMENTO DE SOLO - REGULARIZAÇÃO PELO MUNICÍPIO - PODER-DEVER - LEI 6.766/79, ART.40 - LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. - O Município tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, sem que a Prefeitura Municipal tenha usado do seu poder de polícia ou das vias judiciais próprias, para impedir o uso ilegal do solo. O exercício desta atividade vinculada.¹¹²

Após a análise desses julgados, conclui-se que no ordenamento brasileiro o Município tem o dever de cumprir as normas urbanísticas por ele estipuladas no Plano Diretor objetivando preservar os interesses coletivos preservando o meio ambiente e o bem-estar dos cidadãos, pois a regularização é decorrente do interesse público que é indisponível.¹¹³

Nos loteamentos irregulares a competência do Município é vinculada e sua regularização deve ser realizada tendo como fundamento o interesse público. O Município que, mesmo de forma tímida, exerça seu poder de polícia descumpra seu dever de controlar o uso, ocupação e parcelamento do solo e ao não cumprir sua função de fiscalização, autoriza o Poder Judiciário a adotar medidas que previnam sequelas nocivas à coletividade.

A Administração Municipal é dotada de mecanismos de autotutela capazes de prevenir o surgimento descontrolado de loteamentos irregulares, sem que seja necessário recorrer a ordens judiciais para prevenir abusos oriundos da especulação imobiliária. Caracteriza uma *contraditio in terminis* o fato de o Município se negar a realizar a regularização de loteamentos já constituídos, nos quais não existe a possibilidade de retorno ao *status quo ante*.

¹¹¹ REsp 194.732/SP, que teve como relator o Ministro José Delgado.

¹¹² REsp 124.714/SP, Relator Ministro Peçanha Martins

¹¹³ O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados ao particulares. Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo por que ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que mediante Lei poderá autorizar sua disponibilidade ou a renúncia. (MEIRELLES, 2015).

Conclui-se que tanto a Constituição Federal quanto a Legislação Urbanística deixam claro que há responsabilidade dos Entes Federativos na regularização fundiária de interesse social. Os Tribunais Superiores também se posicionam favoráveis à responsabilização da Administração Municipal nestes casos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o exame do instituto da regularização fundiária urbana de interesse social conclui-se que a fundamentação dos princípios da função social da propriedade e do direito à moradia abrangem ações que têm como destinatários a população de mais baixa renda. A legalização da posse dos moradores dos terrenos abarca uma determinada relativização das normas que versam sobre o parcelamento, uso e ocupação do solo, na tentativa de buscar uma melhoria estrutural dos locais e, também, a urbanização do solo e das edificações que se encontram irregularmente ocupados em área urbana.

Ao se realizar a análise das origens das irregularidades na questão da moradia é possível observar que não existe um mercado formal capaz de atender à população de mais baixa renda, o que se fundamenta na ausência de políticas capazes de sanar a questão da baixa oferta de unidades habitacionais para moradia popular. Constata-se a escolha por parte de alguns governos em direcionar a política habitacional para as elites como também se nota a falta de mecanismos que tenham como objetivo a regularização fundiária de interesse social, sendo recente a incorporação dessa diretriz na política habitacional e escassa, a articulação entre o instituto e a criação de moradias.

Pode-se afirmar que as ineficiências são decorrentes de fatores internos que, de certa maneira, estão sendo resolvidos pela legislação e por fatores externos, que demandam a combinação da política de regularização com outras que possuam um caráter preventivo que busquem evitar que a ilegalidade seja a forma de acesso das camadas mais carentes da população ao espaço urbano e que sejam adotados procedimentos na tomada de decisões discricionárias no que se refere à escolha das áreas beneficiadas na tentativa de prevenir que estes procedimentos sejam utilizados de forma clientelista e descontinuada.

No que tange à regularização fundiária de interesse social pode-se afirmar que ela não é realizada de forma adequada devido à insuficiência ou ausência de fiscalização ou falta de interesse político, pois tais ações são capazes de gerar desgaste político com os moradores dos condomínios irregulares ou com loteadores que, em sua maioria, possuem grandes somas de recursos.

Quanto às competências, a Carta Magna responsabiliza a todos os entes, em alguma medida, pela elaboração de normas e pela implementação de políticas que

tratem sobre a regularização fundiária de interesse social, conferindo, ao mesmo tempo, um papel de destaque à Administração Municipal.

E por assim ser, os Municípios ao não serem capazes de evitar o surgimento de novos condomínios irregulares, seja porque a fiscalização é falha ou inexistente devem ser responsabilizados pela sua omissão no cumprimento de seu dever. Pode-se depreender este fato com a análise do artigo 37, 6º, da Constituição Federal, pois ao se configurar a falha do serviço público, surge o dever de indenizar. O texto constitucional deixa claro que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e particulares prestadoras de serviços públicos, que estas devem ser responsabilizadas e, conseqüentemente, possuem o dever de indenizar a vítima, independentemente de culpa no evento lesivo.

Assim, o Município ao se mostrar indiferente e incapaz de exercer sua função de fiscalização contraria o disposto no Texto Constitucional e pode vir a sofrer condenação judicial para que regularize o loteamento, tornando-o adequado aos padrões estabelecidos pela Lei 6.766/79, além de ser condenado a compor os prejuízos suportados pelo administrado, referentemente ao serviço público falho e ineficiente, que tiver acarretado o mau negócio, com aquisição de lote irregular e casa sem planta aprovada.

Por fim, conclui-se que a Responsabilidade da Administração na regularização fundiária de interesse social se aplica apenas na edificação de infraestrutura dos loteamentos e, por assim ser, não é do interesse dos Municípios o exercício de seu poder-dever de fiscalização. Entende-se que a responsabilização da Administração e sua condenação de cunho pecuniário, como ocorre no Direito do Urbanismo francês no contencioso da responsabilidade, deve ser revertida aos adquirentes de lotes em loteamentos irregulares, medidas que poderiam evitar o surgimento destes loteamentos.

Nesse diapasão, entende-se que, além da condenação ao pagamento de valores aos adquirentes dos lotes, uma alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal¹¹⁴ que tipifique a condenação de Prefeitos por prejuízos ao erário¹¹⁵ nos casos de omissão ou de fraca fiscalização na implementação de loteamentos ou na regularização fundiária de loteamento já implementado seria uma outra maneira de compelir o Administrador à prática destes atos, pois em diversas situações ele não possui interesse na regularização

¹¹⁴ Lei Complementar 101/2000

¹¹⁵ O condenado por improbidade administrativa perderá seus direitos políticos por um prazo de 8 anos conforme o estabelecido no artigo 15, V, da Constituição Federal.

por temer desgastes políticos junto aos moradores ou represálias por parte do setor imobiliário que muitas das vezes são doadores de campanhas para a eleição do cargo executivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Pedro. Formas de financiamento do acesso à terra e funcionamento do mercado fundiário-imobiliário: um ensaio com base na noção de regime urbano **IN** Cadernos IPPUR/UFRJ/ ano XV, n2 , (ago/ dez 2001/ Ano XII, N1, (jan/ jul 2002)

ALFONSIN, Betânea; Fernandes, Edésio. Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da cidade. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004.

—————. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. **IN** Rolnik, Raquel et ali. Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos. PUC Minas Virtual. Belo Horizonte, 2006.

ALESSI, Renato. *La Responsabilità dela Pubblica Amministrazione*. Dott a Giufrfré Editore. Milano, 1995

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. Dos instrumentos em geral. Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. DO IPTU progressivo no tempo. Da desapropriação com pagamentos em títulos. **IN** Almeida, Fernando Dias Menezes de. MEDAUAR, Odete (coord). Estatuto da cidade – Lei n. 10.527: Comentários. Revista dos Tribunais, 2. Ed. São Paulo, 2004.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. MEDAUAR, Odete (coord). Estatuto da cidade – Lei n. 10.527: Comentários. Revista dos Tribunais, 2. Ed. São Paulo, 2004.

ALMEIDA, Mário Aroso de. Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes no novo regime da Justiça Administrativa em Portugal. Revista CEJ. Conselho da Justiça Federal, a. 10, n.34, set. Brasília, 2004

AMADEI, Vicente Celeste; Amadei, Vicente de Abreu. Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo em seus aspectos essenciais. São Paulo: Universidade Secovi, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do. A execução das sentenças dos tribunais administrativos. Ática. Lisboa, 1967.

AMIRANTE, Domenico; Rosi, Francesco. *La giustizia amministrativa in Francia*. **IN** Santaniello, Giuseppe (org) *Trattato di diritto amministrativo*. CEDAM. Padova, 1996.

AMADEI, Vicente Celeste; Amadei, Vicente de Abreu. Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo em seus aspectos essenciais. São Paulo: Universidade Secovi, 2001.

ALMEIDA, Mário Aroso de. Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes no novo regime da Justiça Administrativa em Portugal. Revista CEJ. Conselho da Justiça Federal, a. 10, n.34, set. Brasília, 2004

AUBY, Jean-Bernard; Périnet-Marquet, Huges. *Droit de l'urbanisme et de la construction*. E ed. Précis Domat. Montchrestien, 2001.

BALBIM, Renato. Avanços recentes no quadro normativo federal da regularização fundiária IN Planejamento e Políticas Públicas. Brasília: IPEA, 2010, n. 34, jan/jun.

BEINENSTEIN, Regina. Redesenho Urbanístico e Participação Social em Processos de Regularização Fundiária. Tese de Doutorado. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade de São Paulo, 2001.

BESSA, Eli Meneses. Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação do seu caráter fundamental. Revista Diálogo Jurídico, ano 4, n. 4, 2000

BIFULCO, Raffaele. *La giustizia amministrativa nel la Repubblica Federale di Germania*. IN Santanielle, Giuseppe (org). *Trattato di diritto amministrativo*. CEDAM. Padova, 2006.

BONDUKI, Nabil. Origens da Habitação Social no Brasil. Análise Social. Vol. XXIX, 1994.

BONNARD, Roger. *Précis du Droit administratif*. 3 ed. LGDJ, Paris, 1940.

BUCCI, Maria Paula Dalari (org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Saraiva. São Paulo, 2006.

_____. Cooperativas de Habitação no Direito brasileiro. Saraiva. São Paulo, 2003.

BURNETT, Frederico L. Da tragédia urbana à farsa do urbanismo reformista: fetichização dos planos diretores participativos. São Paulo: Annablume, 2011.

CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 12 ed. Montchrestien. Paris, 2006.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 1. Ed. Malheiros. São Paulo, 2007

CALIXTO Marcelo. A culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função. 1. Ed. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. Democratização do acesso à moradia pública no Brasil: função social e regularização fundiária. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

CARVALHO MATOS, Manuel de Jesus de. A construção não licenciada e o direito à habitação. Fólio Edições, 2001.

CASTRO, Erika; Wojciechowski, Maciej John (orgs). Coleção Limites das Cidades - Inclusão, Colaboração e Governança urbana: Perspectivas brasileiras. PUC Minas. Belo Horizonte, 2010.

CAVALCANTI, Francisco. O controle judicial sobre as demais funções do Estado, 1995. Tese. Universidade de Lisboa, Lisboa. 1995

CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade civil. 8 ed. Malheiros. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos. Almedina. Coimbra, 1974.

_____. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3. Ed. Almedina. Coimbra, 1999.

CARRATO, Aldo. *L'esecuzione in forma specifica*. Giuffrè. Milano, 2005.

CARVALHO MATOS, Manuel de Jesus. A construção não licenciada e o direito à habitação. Folio Edições. 2001

CORREA, Roberto Lobato. O espaço urbano. Editora Ática. São Paulo, 2002

CORREIA, Fernando Alves. Manual de Direito do Urbanismo. Vol. 1, 4ª Ed. Almedina. Coimbra, 2012

_____. Correia, Fernando Alves. Principais instrumentos da Tutela do Ambiente Urbano em Portugal **IN** A tutela jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro. *STVDIA IVRIDICA* 81. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2005.

CORREIA, Fernando Alves; Moniz. Ana Raquel Gonçalves. *Consideraciones sobre la Promoción de Derecho a la Viveda en Portugal*. **IN** *Construyendo el Derecho e la Vivenda*. Coord. Fernando Lópe; Ramón. Marcial Pons. Madrid, 2010.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto, Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador. Coimbra Editora. Coimbra, 1998.

COUTURE, Eduardo. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Editora Forense. São Paulo, 2004.

CRAVINHO, João. Solenidade de Abertura do painel sobre Reabilitação Urbana do Ciclo de Encontros. Portugal, 2000/2006

DALARI, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio. Estatuto da Cidade, Comentários à Lei n. 10.527/2001. Malheiros, São Paulo, 2002

DEVILLER, Jacqueline Morand. *Le Droit Administratif français et ses révolutions tranquilles*. Reviste Analele. Universitatii Bucuresti, n.2. 2003

_____. *Droit de l'urbanisme*. Mémento. Dalloz. 9 ed., 2014.

DEBBASCH, Charles; Colin, Frédéric. *Droit Administraif*. Economica. Paris, 2004

DEVOLVÉ, Piere. *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire* IN Mélanges, René Chapus: droitadministratif. Montchrestien. Paris, 1992

DIAS, Corine Mendes. A Reabilitação Urbana potencializada pela Nova Lei do Arrendamento. Breves apontamentos sobre o direito comparado. Dissertação para o 2º Ciclo. Faculdade de Direito Da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013.

DIAZ-PORTALEZ, Manuel José Baeza. *Aspectos económicos del procedimiento contencioso-administrativo* IN Ruiz-Toledo, Mariano (org) *Aspectos económicos de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004

DUEZ, Paul; Debeyre, Guy. *Traité de Droit administratif*. Dalloz. Paris, 1952.

DUGUIT, Leon. *Traite de Droit Constituciuinel*. Ed de Boccard. Paris, 1930

DURAND-LASSERVE, Alain; Selod, Harris. *The formalization of urban land tenure in developing countries* IN Anais do 4th Urban Research Symposium. World Bank. Washington, 2006.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 12 ed. Thomson Civitas. Madrid, 2006

_____. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Real Academia Española. Madrid, 1994

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de; Rocha, Carlos Alberto de Vasconcelos. Federalismo, relações intergovernamentais e gestão metropolitana no Brasil **IN** Castro, Erika; Wojciechowski, Maciej John (orgs). Coleção Limites das Cidades - Inclusão, Colaboração e Governança urbana: Perspectivas brasileiras. PUC Minas. Belo Horizonte, 2010.

FELDMAN, Sarah. Planejamento e zoneamento: São Paulo. 1947-1972. FAPESP e EDUSP, São Paulo, 2005

FERNANDES, Bernardo Mançano. RAMALHO, Cristiane Barbosa. Luta pela terra e desenvolvimento rural no Pontal do Paranapanema. Estudos Avançados nº 43. 2001.

FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e Desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável **IN** Alfonsin, Betânea; Fernandes, Edésio. Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da cidade. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004.

_____. Desafios da regularização fundiária de assentamentos informais consolidados em áreas urbanas. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA, ano 9, n. 49. Jan/fev. Belo Horizonte, 2010

_____. Direito Urbanístico. Del Rey. Belo Horizonte, 1998.

_____. Desafios da regularização fundiária de assentamentos informais consolidados em áreas urbanas. **IN** Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA. Belo Horizonte, ano 9, n. 49, jan/fev, 2012. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65211>
Acesso em 10/12/2015

FERNANDES, Marlene. Agenda Habitat para Municípios. IBAM. Rio de Janeiro, 2003

FERRAZ, Sérgio. Usucapião Especial **IN** Dallari, Adilson de Abre; Ferraz, Sérgio (coord). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. Malheiros. São Paulo, 2003

FERREIRA, Sérgio de Andrea. Direito Administrativo Didático. Forense, Rio de Janeiro, 1985.

FERREIRA, Antônio Fonseca. Por uma nova política de habitação. Edições Afrontamento. Porto, 1997.

FERNÁNDEZ-RUIZ, Jorge (coord). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. UNAM. México, 2002

FERRARES, Germán Fernández. *La posición del Tribunal Constitucional Español sobre el privilegio de imbuibilidad de los bienes públicos y la ejecución de sentencias condenatorias de las administraciones públicas* IN Silva, Ricardo, Perlingeiro Mendes da (org). *Execução contra a Fazenda Pública*. Conselho da Justiça Federal, v. 23. Brasília, 2003.

FONSECA, Luciana; Jardim, Luciana. *Resumo Jurídico de direitos reais*. Vol. 19, QuartierLatin. São Paulo, 2005.

FONSECA Guilherme Frederico Dias Pereira da. *Differences entre la procédure civile et la procédure du contentieux administratif*. Revista de Direito Público. M. P. Fernandes Rei a. 5, n. 9. Lisboa, 1991

FREITAS, Maria João. *Habituação e Cidadania: no trilho da complexidade de processos relacionais generativos*. Tese de Doutoramento. Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. Universidade de Lisboa, 2001.

FROMONT, Michel. *La justice administrative en Europe*. Convergentes. IN Mélanges, Réne Chapus. Droit administrative. Montchrestien. Paris, 1992

GARRIDO FALLA, Fernando et al. *Tratado de derecho administrativo*. 2. Ed. V. 3. Tecnos. Madrid, 2006

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; Salomão, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva* IN Revista de Direito Administrativo. 199/230, abr/jun, vol 232. Rio de Janeiro, 2003

GARCEZ, Martinho Neto. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Renovar. Rio de Janeiro, 2000.

GÉRARD, Patrick. *Pratique du Droit de L'urbanisme*, Eyrolles, 2 éd. 1999 351

GIL, Milagros López. *La ejecución de sentencias em Leydel Contencioso Administrativo español*. Revista Centro de Estudos Judiciários. Conselho de Justiça Federal a.10, n. 34, set. Brasília, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado. Parte Geral*. Editora Saraiva. São Paulo, 2011

GONZALES PÉRES, Jesus. *Acto administrativo y pretensión processual* IN Fernández Ruiz, Jorge (coord). *Perspectivas del derecho administrativo em elsiglo XXI*. UNAM. México, 2002.

GORDILO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. 5. Ed. T. 2 Del Rey. Belo horizonte, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983

GROSTEIN, Marta Dora. *Metrópole e Expansão Urbana: a Persistência de Processos “Insustentáveis”*. São Paulo, 2002.

HORBACH, Carlos Bastide. *Dos instrumentos da política urbana. Da usucapião especial urbana. Da concessão de uso especial para fins de moradia* IN Almeida, Fernando Menezes de. MEDAUAR, Odete (coord.) *Estatuto da Cidade – Lei nº10.527, de 10.07.2001; Comentário*. 2 ed. Malheiros. São Paulo, 2004.

HOSTIEU, René. *La non indemnisation des servitudes d'urbanisme*. AJDA 1993, n *spécial<Urbanisme>* IN Jacquot, Henri; Priet, François. *Droit de l'urbanisme*. 5 ed. Dalloz. Paris, 2004.

JACQUOT, Henri; Priet François. *Droit de L'Urbanisme*. 5 ed. Dalloz.2004.

JÉZE, Gaston. *Les principes généraux du Droit administratif*. 3 ed. v. 1 Marcel Giard. Paris, 1925.

JOVER, Mariano Espinosa de Rueda. *Ejecución de Sentencias em el Orden Jurisdiccional Contencioso – Administrativo*. Repertorio de Jurisprudencia. Vol. VI, Parte Estudio Editorial Arazandi, AS, 1999.

LANZA, Albert *Paradoxes sur l'access au prétoire dans le contentieux de l'urbanisme* IN. *Mélanges Jean Mas*. Économica. 1996

LAZZARINI, Álvaro. *Nova dimensão do direito administrativo, repertórios de estados doutrinário e jurisprudências*. 1. Ed. Editora NDJ. São Paulo, 1997

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Loteamentos Clandestinos: prevenção e repressão*. Temos do I Seminário Internacional de Direito Urbanístico e Regional. Disponível em www.anoregsp.org.br/noticias/boletim1174c.asp Acesso em 20.11.2015

LONG, Marceau; Weil, Prosper; Braibant, Guy. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 19 ed. Dalloz, 2013.

MACDOWELL, Maria Cristina. Financiamento urbano no Brasil: um olhar sobre as finanças municipais IN Cesare, Claudia M. de; Cunha, Egláisa Micheline Pontes. Programa Nacional de Capacitação das Cidades - Financiamento das cidades: instrumentos fiscais e de política urbana. Ministério das Cidades. Brasil, 2007.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias IN Maricato, Ermínia; Vainer, Carlos; Arantes, Otilia. A cidade do pensamento único: desmanchando consensos. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. Habitação e as políticas fundiária, urbana e ambiental. Brasília: PNUD e Ministério das Relações Exteriores, 1995.

_____. Cidades: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. Metrópole na periferia do capitalismo: ilegalidade, desigualdade e violência. Hucitec. São Paulo, 1997

_____. Cidades: alternativas para a crise urbana. Editora Vozes. Petrópolis, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Fórum. Belo Horizonte, 2009

MATOS, Fátima Loureiro de. [A habitação no grande Porto - Uma perspectiva geográfica da evolução do mercado e da qualidade habitacional desde finais do séc. XIX até ao final do milénio](#)

MAYER, Otto. *Le Droit administrative allemand*. Vol. IV. Paris, 1906

MEIRELHES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27 ed.. Malheiros. São Paulo, 2009

_____. Direito Municipal Brasileiro. 11 ed. Malheiros. São Paulo. 2007

MÉLANGES, Réne Chapus. *Droit administrative*. Montchrestien. Paris, 1992

_____. *Droit du contentieux administrative*. 12 ed., Montchrestien. Paris, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21 ed. Malheiros, São Paulo, 2009

MESQUITA, Adailson Pinheiro. Parcelamento do Solo Urbano e suas diversas formas. IESDE Brasil. Curitiba, 2008

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. Renovar. Rio de Janeiro, 2003

MOYSÉS, Aristides; Bernardes, Genilda D'Arc; Aguiar, Maria do Amparo. Políticas urbanas no Brasil nos últimos trinta anos. In: Moysés, Aristides (Coord.). Cidade segregação: urbana e planejamento. Goiânia: Ed. Da UCG, 2005.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de casualidade. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009

ODENT, Bruno; Truchet, Didier. *La justice Administrative*. PUF. Paris, 2004

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Novas tendências do Direito do Urbanismo. De um Urbanismo de Expansão e de Segregação a um Urbanismo de Contenção, de Reabilitação Urbana e de Coesão Social. Almedina. Coimbra, 2011

_____. A reabilitação urbana e a gestão urbanística programada (e negociada): dois tópicos incontornáveis na concretização das políticas urbanas **IN** Estudos em Homenagem a Antônio Barbosa de Melo/ org. Fernando Alves Correia. Almedina. Coimbra, 2013.

PEISER, Gustave. *Contentieux administratif*. 14 ed. Dalloz. Paris, 2006.

PIRES, Rita Calçada. O pedido de condeção à prática do acto administrativo legalmente devido: desafiar a modernização administrativa? Almedina. Coimbra, 2004.

Portalés, Leticia Fontestad. *La jurisdicción contencioso-administrativa em España*. Revista CEJ. Conselho da Justiça Federal, na. 10. N. 34, set. Brasília, 2006

QUIROGA, Lavié, Humberto. *Los derechos públicos subjetivos y laparticipación social*. Depalma. Buenos Aires, 1985

RAMOS, Vitor. Áreas Urbanas de Gênese Ilegal: Sentido ou caos? **IN** Revista do Centro de Estudo de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, I/2002.

RAPOUSO, Isabel; Valente, Ana. Diálogo social ou dever de reconversão? As áreas urbanas de Gênese Ilegal (AUGI) na Área Metropolitana de Lisboa. Revista Crítica de Ciências Sociais; n.º 91, 2010.

- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22 ed. Saraiva. São Paulo, 1995.
- RIZZARDO, Arnaldo. Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano. Ed. RT, 10 ed. São Paulo, 2014
- ROLNIK, Raquel. A cidade e a Lei. 3 ed. FAPESP e Studio Nobel. São Paulo, 2003.
- _____. Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos. PUC Minas Virtual. Belo Horizonte, 2006.
- RUIZ-TOLEDO, Mariano (org) *Aspectos económicos de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004
- SAAD, Renan Miguel. O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 1994.
- SAULE Júnior, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2004.
- SANCHS, Céline. São Paulo: Políticas Públicas e Habitação Popular. Edusp. São Paulo, 1999.
- SANTANIELLE, Giuseppe (org). *Trattato di diritto amministrativo*. CEDAM. Padova, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas. Rio de Janeiro, 2007.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Direito do Contencioso Administrativo. V. 1. Lex. Lisboa, 2005
- SILVA José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012
- _____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8 ed. Malheiros. São Paulo, 2012
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. Malheiros. São Paulo, 2001.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (org). Execução contra a Fazenda Pública. Conselho da Justiça Federal. V. 3. Brasília, 2003

SILVA, Roberto de Abreu. A falta contra a legalidade constitucional. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da; Antunes, Henrique Sousa; Oliveira, Fernanda Paula et al. Dossier: Nova lei de bases do Solo, do Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei nº. 31/2014, de 30 de maio). *Revista Eletrônica de Direito Público*. Número 2, 2014

SOLER-COUTEAUX, Pierre; Carpentier. *Droit de l'urbanisme*. 5 ed. Dalloz. Paris, 2013

SOMMERMANN, Karl-Peter. A execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública no direito alemão. **IN** Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes da (org). Execução contra a Fazenda Pública. Conselho da Justiça Federal. V. 3. Brasília, 2003.

SMOLKA, Martim O.; Mullahy, Laura (editores). *Perspectivas urbanas: temas críticos em políticas de suelo em América Latina*. Lincoln Insitute of Landy Policy. Cambridge, 2007.

STOCO, Rui. Reponsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1997.

SOUZA, Celina. Regiões Metropolitanas **IN** Ribeiro, Luiz Cesar de Queiros. *Metrópoles entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito*. Fundação Perseu/Abramo/FASE. Observatório das metrópoles, 2004

TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade **IN** Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo II. Renovas. Rio de Janeiro, 2006.

_____. *A parte geral do novo Código Civil*. 2. Ed. Renovar. São Paulo, 2003

_____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. **IN** _____. *Temas de Direito Civil*, Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2006

TOLOMEI, Carlos Young. A noção do ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil **IN** Tepedino, Gustavo (coord). *A parte geral do novo Código Civil*. 2. Ed. Renovar. São Paulo, 2003.

VASCONCELOS, Cristina. *Videnda, territórios de exclusión e nuevas políticas sociales em Portugal*. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, vol. VII, núm. 146 (124). I de agosto de 2003.

VERDE Giovanni. *Attualità del principio “nulla executiosine titulo*. Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Attidel XXII Convegno Nazionale dell’Associazione fragliStudiosi de Processo Civile. Giuffrè. Milano, 2001.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *Solidariedade na Responsabilidade Objetiva por Dano Coletivo*. Tese de Doutorado. 2000.

_____. . *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Editora Forense. São Paulo, 2004

VILAÇA, Eduardo. *O Estado da Habitação: Medidas sem Política num país Adiado*. Cidades, Comunidades e Territórios, n. ° 3, 1997

VILLAR, Paola Mayropoulos Beekhuizen. *O Direito Fundamental à habitação e o direito do Urbanismo: uma análise do direito português e do direito brasileiro*. Dissertação do 2º Ciclo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015.

WARD, Peter M. *Foro internacional sobre regularización y mercados de la tierra* **IN** Smolka, Martim O.; Mullahy, Laura (editores). *Perspectivas urbanas: temas críticos em políticas de suelo em América Latina*. Lincoln Insitute of Landy Policy. Cambridge, 2007.

WEIL, Prosper. *O direito Administrativo*. Tradução de Maria da Glória Ferreira Pinto. Almedina. Coimbra, 1977 **IN** *Mélanges, René Chapus: droit administratif*. Montchrestien. Paris, 1992

WEIDA, Zancaner Brunini. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1981

WILLMEIN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.