

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-691-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na acolhedora Porto Alegre (RS), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, que reuniu um destacado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos de ampla pertinência acadêmica e inquestionável relevância prática.

Os artigos apresentados foram marcados pelo invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, nas mais diversas temáticas do Direito Administrativo, a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pelo respeito e a perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. A GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM LIAME NECESSÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS;
2. FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER CONSTITUCIONAL;
3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE DA TEORIA DA UNIDADE DE VALOR, DE RONALD DWORKIN, COMO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA;
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ABUSIVA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AGENTE PÚBLICO;
5. UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS;

6. AGÊNCIAS REGULADORAS E UNIDADE ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INTERPRETAÇÃO FEDERALISTA DA CONSTITUIÇÃO E O CASO DO ESTADO DO CEARÁ;

7. ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA;

8. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC: ANÁLISE DA APLICAÇÃO, TRANSITORIEDADE E PERMANÊNCIA DA LEI 12.462/2011;

9. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE;

10. LIÇÕES PROPEDEÚTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO;

11. APLICATIVOS DE INTERMEDIÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: POR QUE A POLÊMICA CONTINUA?;

12. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA: AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS, A LIVRE INICIATIVA E ALGUMAS INCOMPATIBILIDADES LEGISLATIVAS;

13. CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO;

14. O PARADOXO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO CARÁTER ABSOLUTO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO;

15. BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17;

16. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL;

17. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA.

Como visto, trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões sobre a atividade administrativa e a gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Estamos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos, ainda, os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Porto Alegre (RS) pela hospitaleira acolhida que tivemos na bela e moderna estrutura da UNISINOS - nessa verdadeira maratona de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE
A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA
DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE
TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17**

**PUBLIC ASSETS ON THE WHOLESALE AND RETAIL: CRITICAL
REFLECTIONS ABOUT THE UNCONSTITUTIONALITY OF URBAN LAND
REGULARIZATION OF SPECIFIC INTEREST AND LAND LEGITIMIZATION ON
PUBLIC LANDS IN LAW NO. 13,465/17**

Vinicius Filipin ¹

Resumo

O presente artigo analisa a inconstitucionalidade das características e objetivos da regularização fundiária urbana de interesse específico e da legitimação fundiária da Lei n. 13.465/17. O artigo está organizado dedutivamente, partindo-se do geral, em que serão abordados os principais aspectos do regime jurídico dos bens públicos, para o específico, quando serão cotejadas as alterações e novidades propostas pela lei com o ordenamento constitucional vigente.

Palavras-chave: Bens públicos, Regularização fundiária, Legitimação fundiária, Direito urbanístico

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the unconstitutionality of the characteristics and objectives of the urban land regularization of specific interest and of the land legitimization of Law n. 13,465/17. The article is organized deductively, starting from the general one, in which the main aspects of the legal regime of the public assets will be approached, for the specific one, when will be checked the alterations and novelties proposed by the law with the current constitutional order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public assets, Land regularization, Land legitimization, Urban law

¹ Mestrando em Direito (FMP). Especialista em Direito do Estado (UFRGS). Professor do Bacharelado em Direito do IBGEN/UNIFTEC. Professor Convidado da Especialização em Direito Administrativo e Gestão Pública da FMP. Advogado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A concretização do direito humano à moradia adequada e do direito à cidade passa, indubitavelmente, pelos instrumentos da regularização fundiária. No Brasil, destacam-se três deles: as zonas especiais de interesse social (ZEIS), a usucapião urbana e a concessão especial de uso. No entanto, recentemente, foi acrescentado ao ordenamento jurídico brasileiro um instituto denominado de legitimação fundiária, que possibilita a tomada de terra, pública e/ou privada, sem que haja qualquer requisito temporal.

A legitimação fundiária é novidade na Lei n. 13.465/17 (originada pela Medida Provisória 759/16), que promoveu alterações profundas em quatro regimes sobre terras, a saber, a regularização fundiária rural, a urbana, a da Amazônia, além de alterar significativamente o regime de bens da União Federal. Esta lei, no entanto, em análise sistemática com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com a Constituição Federal, revela possíveis inconstitucionalidades, principalmente no tocante às tomadas de terras públicas que ficam possibilitadas a partir das suas disposições.

Pretende-se analisar, assim, se os institutos e instrumentos da Lei n. 13.465/17 referentes aos bens públicos são constitucionais. O presente artigo está organizado dedutivamente, partindo-se do geral, em que serão abordados os principais aspectos do regime jurídico dos bens públicos, para o específico, quando serão cotejadas as alterações e novidades propostas pela lei com o ordenamento constitucional vigente.

2 REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Ainda que amplamente atinente à seara do Direito Administrativo e, igualmente, do Direito Urbanístico, o conceito de bem público advém do Direito Civil. No ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito legal já vinha disposto no Código Civil de 1916, cujo art. 65 delimitava serem públicos “os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios”. Os outros bens, prosseguia o artigo, “são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

No entanto, a compreensão acerca dos bens públicos, conforme José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 54), mostrou-se anacrônica com a própria evolução dos institutos concernentes ao domínio público que se assistiu por décadas até a promulgação da Lei n. 10.406/2002, ou seja, do Novo Código Civil. Neste ínterim, fez-se necessária a adequação normativa que possibilitasse interpretar extensivamente o dispositivo a fim de alcançar o Distrito Federal, criado no liminar da década de 60, bem como para contemplar as entidades que foram criadas com a personalidade jurídica de direito público, como autarquias e fundações públicas.

A doutrina administrativista contemporânea ao Código Civil de 1916 e, paralelamente, às mudanças provocadas pelos novos institutos brasileiros, dividia-se acerca da natureza dos bens pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista. Hely Lopes Meirelles (2009, p. 674), por exemplo, entendia serem bens públicos “todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis ou semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”.

Conceito distinto defendia Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem bens públicos seriam todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como autarquias e fundações de direito público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

O Código Civil de 2002, por seu turno, alinhando-se à doutrina de Mello (em parte, visto que seu conceito abrange os bens públicos afetados à prestação de serviços públicos, o que não se depreende do direito vigente), Lucia Valle Figueiredo e Carvalho Filho, traz a regra básica acerca dos bens públicos em seu art. 98, pelo qual “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”, remetendo, pois, ao que dispõe o art. 41 do mesmo Código.

Nesse sentido, são bens públicos aqueles que pertencem à União (art. 41, I), aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios (art. 41, II), aos Municípios (art. 41, III), às autarquias e associações públicas (art. 41, IV) e às demais entidades de caráter público criadas por lei (art. 41, V), como, por exemplo, as fundações públicas.

A catalogação de bens públicos, contudo, é realizada pelo Código Civil de maneira simplista, tendo sido a doutrina a responsável por conceituar e definir, a partir do diploma civilista, o que seja bem público. Consequentemente, várias são as posições doutrinárias acerca dos aspectos atinentes aos bens públicos, o que, diante da objetividade da presente pesquisa, não demandará maiores análises¹. Modo geral, conforme leciona Edmir Netto de Araújo (2014, p. 1198), o ordenamento jurídico atual indica que “os bens públicos pressupõem a titularidade de uma pessoa jurídica de direito público”.

Não obstante, o Código Civil, nos termos do art. 99, divide bens públicos em três classes, a saber, os bens de uso comum do povo (compreendidos os rios, mares, estradas, ruas e praças), os bens de uso especial (como edifícios ou terrenos destinados a serviços, bem como os estabelecimentos da administração pública) e os bens dominicais (que compõem o patrimônio disponível do Poder público, ou seja, os que não estão afetos ao uso comum do povo ou de uso especial).

Trata-se, portanto, do domínio público, compreendido como o domínio patrimonial que o Estado detém sobre os seus bens. Nesse caso, conforme Ruy Cirne Lima (2007, p. 179), independe de “quem seja o proprietário da coisa vinculada ao uso público”, pois “a relação de administração paralisará, em qualquer caso, a relação de direito subjetivo”.

A natureza jurídica dos bens públicos teve sua primeira expressão em Otto Mayer (2007, p. 180), em 1886, com base no direito francês. Nesse sentido, haveriam duas espécies de propriedade do Estado, sendo uma propriedade privada e outra propriedade pública. Tal distinção não estaria adstrita tão somente aos limites estritos da propriedade do Estado, mas também da Administração autônoma. Vale dizer, haveria um domínio público departamental e um domínio público municipal:

Otto Mayer, pela primeira vez, dá uma definição de propriedade pública, que passou para o direito alemão [...] “O domínio público é, portanto, uma propriedade do Estado, a qual se submete ao Direito Público”. Mayer interrogava, então: “mas quando isso acontece?” [...] E respondia: “Trata-se de uma manifestação de vontade

¹ Com efeito, vê-se que o cerne das divergências doutrinárias cinge-se à classificação como bem público, ou não, daqueles pertencentes às pessoas jurídicas privadas que prestam serviços públicos, por transferência ou delegação, como é caso das sociedades de economia mista e empresas públicas, discussão que pouco se aproxima do problema aqui perquirido.

do Estado [...] A doutrina dominante encontra essa necessidade de manifestação da vontade do Estado – de que a coisa de propriedade do Estado seja afetada a um estabelecimento público (CIRNE LIMA, 2007, p. 180-181).

No entanto, a concepção de Otto Mayer não mais se sustentou no âmbito do Direito Administrativo. Ainda conforme Cirne Lima (2007, p. 180-181), a tese dominante é no sentido de que “o regime do domínio público e do patrimônio administrativo não tem como suporte a propriedade, nem pública, tampouco privada”. Assim, a Administração Pública exerce direitos sobre seus bens, não pelo direito de propriedade, mas por um vínculo específico que resta consubstanciado pela relação de administração, “que protege a destinação pública desses bens, mesmo contra seus proprietários eventuais, que deles não têm mais a livre disposição”.

Assim, conforme Odete Medauar (2018, p. 246), “bens públicos é expressão que designa os bens pertencentes aos entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público, sobre os quais incidem normas especiais”. Tais normas, prossegue, são distintas das que concernem ao direito privado. Fala-se, nesse sentido, do regime da dominalidade pública, o qual, por não se confundir com o da propriedade, confere ao poder público, enquanto titular, direitos e deveres que conformam “vínculo específico de natureza administrativa”.

Por tal razão, bens públicos obedecem a um regime jurídico público, razão pela qual a doutrina administrativa brasileira leciona no sentido de serem bens inalienáveis, impenhoráveis, não graváveis com ônus e imprescritíveis. Convém, portanto, destacar tais preceitos básicos que compõem a gestão dos bens públicos.

Os bens públicos são, em regra, inalienáveis, consoante o que dispõe o art. 100 do Código Civil, que estabelece dois requisitos a esta característica. Aplica-se aos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial, e enquanto conservarem sua qualificação. Pela redação do artigo seguinte, os bens públicos dominicais podem ser alienados, desde que observadas as exigências legais. Assim, quando desafetados, tais bens podem ser alienados, nos termos da Lei Nacional n. 8.666/93, cujo art. 17 prevê como requisitos o interesse público devidamente justificado, a prévia avaliação e, quando imóvel, a necessidade de autorização legislativa.

Os bens públicos, móveis ou imóveis, não estão sujeitos à penhora, o que consiste, conforme Medauar, na “Impossibilidade de incidir execução forçada” sobre tais bens. Decorre, pois, da Constituição Federal, que em seu art. 100 dispõe que os pagamentos devidos

pelas Fazendas Públicas, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão pelo processo especial de execução denominado precatório. Outrossim, o art. 833, I, do Código de Processo Civil diz ser absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis.

Ainda, os bens públicos não podem ser onerados, ou seja, sobre eles não existem direitos reais de garantia. Dessa forma, bens públicos não podem ser vinculados como garantia de adimplemento obrigacional, como em hipoteca, penhora ou anticrese, pois, conforme Irene Nohara (2012, p. 682), são estes bens destinados à realização de interesses públicos. Ademais, dispõe o art. 1.420 do Código Civil que só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

Por fim, os bens públicos são imprescritíveis. Vale dizer, não estão sujeitos à prescrição aquisitiva, sendo, portanto, insuscetíveis à usucapião. Por essa razão, conforme Medauar, “o transcurso do tempo não pode resultar em apropriação por terceiros”, o que, conforme Bandeira de Mello (2016, p. 906), estende-se a todos os bens públicos, “seja de que categoria forem”.

Com efeito, a proteção da imprescritibilidade dos bens públicos advém desde o Brasil Colônia, quando a Lei 601, de 1850, a primeira Lei de Terras, que declarou do domínio público todas as terras que, por qualquer título legítimo, não estivessem no domínio particular, preceituando, ainda, que ficavam proibidas as aquisições de terras por outro título, que não fosse o de compra. Tinha-se, ainda, conforme Bandeira de Mello (2016, p. 906), a previsão legal da imprescritibilidade no Regulamento da Lei de Terras n. 1.318, de 1854, e nos Decretos Federais n. 19.924, de 1931, n. 22.785, de 1933, n. 710, de 1938. Ainda, em 1963, o plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula n. 340, expressando que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

A despeito das inúmeras discussões doutrinárias que questionavam a intelecção no sentido de que bens públicos não estavam sujeitos à usucapião, com o advento da Constituição Federal de 1988 esgotou-se qualquer dúvida acerca da imprescritibilidade. Isto porque o §3º do art. 183, inserido no capítulo da política urbana, é categórico no sentido de que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”, redação encontrada *ipsis litteris* no parágrafo único do art. 191, inserido no capítulo da política agrícola e fundiária e da reforma agrária.

Tem-se, portanto, uníssono no Direito Público brasileiro o entendimento acerca da imprescritibilidade dos bens públicos, o que, não obstante, não se pode confundir com concessão de domínio, ou seja, a concessão do direito real de uso, importante instrumento de

regularização fundiária de áreas públicas. Por óbvio, a terra pública também está sujeita ao atendimento da função social da propriedade, razão pela qual o Estatuto da Cidade implicou aos bens públicos ocupados para fins de moradia similar tratamento ao dispensado às terras privadas que estão sujeitas à usucapião especial.

Nesse sentido, há de se analisar os instrumentos de regularização fundiária, a fim de perquirir se a regularização fundiária urbana de interesse específico disposta na Lei 13.465/17 representa, pois, otimização do comando constitucional de função social da propriedade e, igualmente, do direito à cidade. Vale dizer, se as profundas alterações provocadas pela lei, em relação ao regime dos bens públicos, são constitucionais.

3 INCONSTITUCIONALIDADE E ANTIJURIDICIDADE DAS CARACTERÍSTICAS E OBJETIVOS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO NA LEI 13.465/17

Compreende-se como regularização fundiária o processo pelo qual uma situação fundiária em desconformidade com os ditames legais se torna regular. Ou seja, é a legalização de situação que, muito embora originariamente ilegais, devem ser compatibilizadas com a ordem jurídica. Com efeito, o conceito de regularização fundiária é encontrado na lição de Betânia de Moraes Alfonsin:

Regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto (ALFONSIN, 2007, p. 78)

A regularização fundiária está imbricada com a segurança da posse ou, no mesmo sentido, mas sob outro viés, com a falta dela. Sabe-se que a ocupação desordenada do solo ocasionou (e continua ocasionando) a desorganização de massas populacionais que tomam os espaços ainda disponíveis na cidade e passam a viver em situações de precariedade, tanto das construções propriamente ditas, quanto da infraestrutura necessária ao pleno exercício da moradia digna e do direito à cidade. A regularização fundiária, neste contexto, é a solução que emerge.

A segurança da posse é, portanto, elemento do direito à moradia adequada, o que implica obrigações ao Poder Público no sentido objetivo de conferir o título dos lotes àqueles que vivem em situação de irregularidade. Assim, conforme Edésio Fernandes:

Títulos são importantes, sobretudo quando há conflitos, sejam eles conflitos de propriedade, conflitos domésticos e familiares, conflitos de direito de vizinhança, etc. Títulos também são importantes para reconhecer direitos sociopolíticos e para garantir que os ocupantes dos assentamentos informais possam permanecer nas áreas que ocupam, sem risco de serem expulsos pela ação do mercado imobiliário, por mudanças políticas que quebrem o pacto gerador da percepção de segurança de posse, pela pressão do crime organizado, etc., como tem acontecido em diversas favelas e loteamentos irregulares brasileiros (FERNANDES, 2008, p. 366)

A regularização fundiária demanda, portanto, políticas públicas, as quais, conforme Raquel Rolnik (2002, p. 22), “não podem ser formuladas de maneira isolada e necessitam ser combinadas com outras políticas públicas preventivas, para quebrar o ciclo de exclusão que tem gerado a informalidade”. Nesse sentido, prossegue, a intervenção da Administração Pública deve ser direta, a fim de “produzir novas opções de moradia, democratizar o acesso à terra e promover reforma urbana ampla”.

Com efeito, a concretização da regularização fundiária demanda determinados instrumentos, os quais, no Brasil, são notadamente três: zonas especiais de interesse social (ZEIS), a usucapião urbana e a concessão especial de uso, destacando-se, para fins da presente pesquisa, as duas últimas.

A usucapião urbana é forma de aquisição da propriedade, o que consiste, na lição de Alfonsin (2007, p. 93), na “aquisição de um direito real, pelo exercício da posse sobre um bem imóvel, com ânimo de dono, por um prazo determinado em lei”. A usucapião urbana possui expressão constitucional, pois determina o art. 183 da Constituição Federal de 1988 que aquele que possuir como sua área urbana de até 250 m², 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.

Igualmente, dispõe o art. 10 da Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, que os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a 250 m² por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião urbana, como visto, não ocorre em se tratando de bem público. Daí porque, conforme Alfonsin:

Baseado no pressuposto ético/jurídico de que terra pública também deve atender a uma função social, o Estatuto da Cidade pretendeu dispensar aos terrenos públicos historicamente ocupados para fins de moradia, quer de propriedade da União, dos Estados federados ou dos municípios, tratamento semelhante ao que se havia dado, pela regulação da usucapião especial de imóvel urbano, aos terrenos privados (ALFONSIN, 2007, p.86).

Assim, o Estatuto da Cidade prevê, enquanto instrumentos de política urbana, duas formas de concessão de uso, a saber, a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia. Apesar da distinção legal, tais instrumentos, ainda conforme

Alfonsin (2007, p. 87), são utilizados com os mesmos objetivos, sem que haja maiores distinções entre eles. Ambos, portanto, são instrumentos jurídicos do Direito Urbanístico que outorgam direitos de uso, sendo este, nos termos do art. 1.228 do Código Civil, um dos poderes da propriedade.

A propósito, desataca Betânia Alfonsin (2007, p. 87) que o direito real de uso é, como o nome sugere um direito real, podendo ser utilizado “com as mais diversas finalidades urbanísticas”. Já a concessão de uso especial para fins de moradia, “enquanto instituto oriundo diretamente da ordem constitucional sobre a propriedade urbana”, só tem lugar, no âmbito da usucapião para fins de moradia prevista pela Constituição Federal de 1988, exatamente para fins de moradia e “com aquelas limitações e características definidas por lei”.

Conforme Carvalho Filho (2014, p. 1221), a concessão de direito real de uso tem em princípio sua formalização efetivada por um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública “confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram”, tendo como núcleo central o direito à moradia, da mesma forma que a concessão de uso especial para fins de moradia. Nesse sentido, conforme o autor, o direito à propriedade, na usucapião, e o direito ao uso do imóvel público, na concessão de uso especial, “retratam direitos-meio para o exercício do direito-fim – este o direito à moradia, verdadeiro pano de fundo daqueles outros direitos”.

A concessão de uso especial para fins de moradia foi regulamentada originalmente pela Medida Provisória n. 2.220/01, cujo art. 1º estipulava que aquele que possuísse como seu, até 22 de dezembro de 2016, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250 m² de imóvel público situado em área com características e finalidade urbana, e que o utilizasse para sua moradia ou de sua família, teria o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Ainda que a legislação fosse omissa no sentido da natureza do direito que advém da concessão de uso especial, o Código Civil, a partir de alteração dada pela Lei 11.481, de 2007, expressamente menciona que a concessão de direito real de uso constitui-se em direito real. Ademais, ensina Carvalho Filho:

[...] o título da concessão, seja ele formalizado por termo administrativo, seja por sentença judicial, reclama registro no Cartório do Registro de Imóveis.¹³⁹ Devidamente regularizada, a concessão pode ser objeto de garantia real, cominando-

se aos agentes financeiros do sistema financeiro da habitação a obrigação de aceitá-la. A concessão em foco, porém, distingue-se da concessão de direito real de uso prevista no Decreto-lei nº 271/1967 pela circunstância de que é ela conferida para a finalidade exclusiva de moradia, o que não ocorre nesta última, em que há outras finalidades do uso (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1225)

No entanto, como destaca Alfonsin (2007, p. 88), no instituto em análise não se concede ao ocupante a propriedade do bem, pois essa “permanecerá em poder da administração pública”. É, pois, a “concessão de um dos poderes inerentes ao direito de propriedade”, a saber, o de usar o bem, que se outorga.

Não obstante os evidentes avanços traçados pelo ordenamento jurídico em matéria de direito urbanístico, em 23 de dezembro de 2016, foi publicada a Medida Provisória n. 759, que promove alterações profundas em quatro regimes sobre terras, a saber, a regularização fundiária rural, a urbana, a da Amazônia, além de alterar significativamente o regime de bens da União Federal. A medida provisória, a despeito do caráter de urgência que deveria demandar (o que, a toda evidência, não ocorre), revogou por completo o Capítulo III da Lei n. 11.977/2009, que previa a regularização fundiária de assentamentos urbanos na Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida, e o Capítulo XII da Lei n. 6.015/73, que cuidavam de regularização fundiária urbana.

Não obstante, a aludida Medida Provisória foi convertida na Lei Nacional n. 13.465/17, que instituiu, em território nacional, normas gerais e procedimentos aplicáveis à regularização fundiária urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

A Reurb, nos termos da nova legislação, abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes, tendo como objetivos, dentre outros, identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; garantir o direito social à moradia digna e às

condições de vida adequadas; garantir a efetivação da função social da propriedade; e prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais.

Para tanto, a Reurb compreende duas modalidades: a Reurb de Interesse Social (Reurb-S) e a Reurb de Interesse Específico (Reurb-I). Aquela, aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal, enquanto a de Interesse Específico resta aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata da Reurb de Interesse Social.

Dentre as mais profundas alterações promovidas pela nova lei, destaca-se a legitimação fundiária como novo instrumento, o qual, em verdade, torna possível a tomada de terra, tanto pública quanto privada, sem que haja qualquer requisito temporal. Nesse sentido, dispõe o art. 23 da Lei 13.465/17 que a “legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”.

A legitimação fundiária pode ocorrer tanto na Reurb de Interesse Social quanto na de Interesse Específico. No entanto, apenas na primeira é que o diploma legal impõe condições como a de o beneficiário não ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural. Ainda, o beneficiário, na Reurb-I, não pode ser sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto, e, no caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, desde que seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Para agravar ainda mais a situação, prevê a legislação que “por meio da legitimação fundiária, em qualquer das modalidades da Reurb, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sssua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado”.

Vê-se, portanto, flagrante inconstitucionalidade e antijuridicidade na legislação apontada, na exata medida em que pretende acabar com a imprescritibilidade dos bens públicos, atributo que, como visto, faz com que os mesmos, independentemente de sua categoria, não estejam suscetíveis à prescrição aquisitiva. Não restam dúvidas de que a legitimação fundiária viola diretamente a proteção constitucional da propriedade, em especial, o direito de propriedade (art. 5º, XXII), a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), a

desapropriação mediante indenização (art. 5º, XIV), a competência comum de conservação do patrimônio público (art. 23, I), bem como a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), para além da já aludida proibição de aquisição de bens imóveis públicos por usucapião (art. 183, §3º).

Por esta e outras razões, tramita no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 5771, proposta pela Procuradoria-Geral da República; e ADI n. 5883, proposta pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil – IAB), que buscam, justamente, a declaração de inconstitucionalidade integral da Lei n. 13.465/17, tendo como elemento material, dentre outros, a violação à imprescritibilidade dos bens públicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas de regularização fundiária, muito embora tenham avançado no Brasil, sobretudo a partir do Estatuto da Cidade, possuem como escopo evitar o desenvolvimento irregular das cidades e possibilitar aos cidadãos de baixa renda o exercício pleno do direito humano à moradia adequada. Afinal, morar não pode mais constituir-se em privilégio.

Buscou-se responder, neste artigo, se a legitimação fundiária, novidade na Lei n. 13.465/17, que promoveu alterações profundas em quatro regimes sobre terras, a saber, a regularização fundiária rural, a urbana, a da Amazônia, além de alterar significativamente o regime de bens da União Federal, na forma como posta, viola ou não importantes disposições constitucionais. Ou seja, se a legitimação fundiária é constitucional ou inconstitucional.

Para tanto, abordou-se o regime jurídico dos bens públicos, buscando uma compreensão jurídica acerca dos diálogos havidos entre os elementos do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Urbanístico no tocante aos bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Neste ponto, importou perceber que os bens públicos obedecem a um regime jurídico público, razão pela qual a doutrina administrativa brasileira leciona no sentido de serem bens inalienáveis, impenhoráveis, não graváveis com ônus e imprescritíveis.

Posteriormente, tratou-se da análise sobre a constitucionalidade, ou não, das características e objetivos da regularização fundiária urbana de interesse específico proposta pela Lei Nacional n. 13.465/17. Assim, ao enfrentar a regularização fundiária como processo pelo qual uma situação fundiária em desconformidade com os ditames legais se torna regular, chegou-se à conclusão de que a mesma demanda políticas públicas.

Não obstante, não se olvida que a terra já não mais representa meio de produção, sendo, aqui e no mundo todo, reserva de valor. No entanto, vê-se aproximar um processo desenfreado de legalização da propriedade de enormes áreas de terra que, atualmente, estão em posse da população de baixa renda, a qual não terá outro destino que não o da expulsão. Igualmente, pretende-se, de modo absolutamente temerário, acabar com o regime jurídico dos bens públicos.

Nos termos da Lei 13.465/17, ao invés da concretização de medidas efetivas de garantia do direito à cidade e à moradia adequada, vê-se a criação de instrumentos que facilitam o a liquidação de terras públicas. Inexistem dúvidas, portanto, no sentido de que a

Lei 13.465/17 é inconstitucional, e representa verdadeiro retrocesso ao Direito Administrativo e ao Direito Urbanístico.

REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. o significado do estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no brasil. In: ROLNIK, Raquel. *Regularização fundiária plena: referências conceituais*. Brasil: Ministério das Cidades, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- _____. Os bens públicos no novo código civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 21, 2003.
- FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos governos e da sociedade. In: CARVALHO, Celso Santos. *Acesso à terra urbanizada: implementação de planos diretores e regularização fundiária plena*. Florianópolis: UFSC; Brasília: Ministério das Cidades, 2008.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. São Paulo: Editora Forum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- ROLNIK, Raquel. Como mapear as áreas irregulares. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Regularização da Terra e Moradia: o que é e como implementar*. São Paulo: Instituto Polis, 2002.