



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fabianne Manhães Maciel

**A regularização fundiária de imóveis urbanos através da legitimação da
posse com a utilização de parcerias com o setor privado para fins de acesso
à moradia**

Rio de Janeiro

2012

Fabianne Manhães Maciel

A regularização fundiária de imóveis urbanos através da legitimação da posse com a utilização de parcerias com o setor privado para fins de acesso à moradia

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito da Cidade.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CCS/C

M152r Maciel, Fabianne Manhães.

A regularização fundiária de imóveis urbanos através da legitimação da posse com a utilização de parcelas com o setor privado para fins de acesso à moradia. / Fabianne Manhães Maciel - 2012.
198 f.

Orientador: Maurício Jorge Pereira da Mota.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Posse (Direito) - Teses. 2. Ação possessória - Teses. 3. Direito urbanístico- Teses.. I. Mota, Maurício Jorge da. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.922.61

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese/dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Fabianne Manhães Maciel

A regularização fundiária de imóveis urbanos através da legitimação da posse com a utilização de parcerias com o setor privado para fins de acesso à moradia

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito da Cidade.

Aprovado em 15 de março de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (orientador)
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Ricardo César Pereira Lira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr^a Gustavo Kloh Muller Neves
Fundação Getúlio Vargas

Prof. Dr. Luigi Bonizzato
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Luiz Miguel e Leonardo que são a razão do meu viver e do motivo para a superação dos obstáculos. A Miguel por concretizar em minha vida o sentido do amor verdadeiro e do companheirismo.

AGRADECIMENTO

A Deus por ter me dado forças e me iluminado para percorrer o meu caminho e finalizar esta etapa.

Aos meus filhos que me alimentam todos os dias com seus sorrisos me motivando a lutar todos os dias. Amo vocês!

A minha família que sempre foi meu alicerce. Mãe, seu cuidado e dedicação, foi que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir. Pai, mesmo distante sei que sua força é transmitida a mim, e por isso, sei que nunca estarei sozinha nesta caminhada. Irmãos, a força e confiança de vocês, fazem de mim quem eu sou.

A Miguel, pessoa com quem amo partilhar a vida. Obrigada pelo carinho, paciência e por sua capacidade de me trazer paz. Obrigada por me fazer feliz.

Aos amigos e colegas, pela força e pela vibração em relação a esta jornada.

Ao Prof. Dr. Maurício Mota, que soube com brilhantismo conduzir este trabalho.

Ao Prof. Dr. Ricardo Lira, que sempre com sua simpatia e competência me motivou a escolher estudar saídas para uma cidade melhor.

Aos professores, colegas e alunos do magistério superior, vocês são a motivação deste trabalho.

A todos que, com boa intenção, colaboraram para a realização e finalização deste trabalho.

Por fim, agradeço aos que queriam ajudar, mas não conseguiram fazê-lo em ações concretas, porém, contribuíram com entusiasmo e amizade.

Um objeto, mesmo que não tenha sido adquirido por meio de roubo, deve ser, no entanto, considerado como furtado se o possuímos sem dele precisarmos.

Gandhi

RESUMO

MACIEL, Fabianne Manhães. **A regularização fundiária de imóveis urbanos através da legitimação da posse com a utilização de parcerias com o setor privado para fins de acesso à moradia**. 2012. 201 f. Tese Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

O papel do Estado ao longo do História foi bem diversificado, ora com um caráter interventor, e ora com uma postura de regular o mínimo necessário. Esta última postura, proporcionou grandes déficit no setor de infraestrutura, desequilíbrios sociais, favelização, loteamentos irregulares e a não efetivação do direito à moradia. Deste modo, o Estado precisou ampliar a sua atuação na regularização do solo, visando uma regularização fundiária plena que incluiria desde a instalação da urbanização e infraestrutura adequada à concessão de títulos reconhecendo a posse e/ou propriedade do indivíduo. Suprir a carência de infraestrutura, urbanização e organização do solo que se acumularam nas últimas décadas, esbarra na falência fiscal do Estado Brasileiro, que precisa tomar para si a responsabilidade da regularização, mas, principalmente buscar parcerias com o setor privado. A atuação das organizações sociais, das organizações da sociedade civil de interesse público e as parcerias público-privadas precisam ser ampliadas na efetivação da regularização fundiária. Necessário se faz que o investimento não seja exclusivamente público, possibilitando conceder ao parceiro privado, através da utilização de certos instrumentos jurídicos do próprio Estatuto da Cidade como uma contraprestação interessante a este parceiro. Somente vivenciando uma interpretação e aplicação conjunta dos instrumentos jurídicos à disposição do Estado aliado a vontade política, que poderá ser garantido o desenvolvimento prometido à população brasileira e a efetivação do direito constitucional à moradia.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Legitimação da Posse. Parcerias público-privadas.

ABSTRACT

The role of the state throughout the history was very diverse, sometimes with an intervening trend, and sometimes with a will to regulate the minimum necessary. The latter approach, feedback huge deficits in the infrastructure sector, social imbalances, slums, subdivisions and non realization of housing rights. Thus, the state needed to expand its participation in the settlement of the soil to a full regularization since that would include the installation of urbanization and infrastructure appropriate to the granting of property papers recognizing the possession and / or the individual property. Addressing the lack of infrastructure, urbanization and organization of the soil that have accumulated in recent decades, is barred by the failure of the Brazilian tax, which must take upon itself the responsibility of the settlement, but mainly to seek partnerships with the private sector. The role of social organizations of civil society organizations in the public interest and public-private partnerships need to be broadened in the effectiveness of regularization. Investment should not be only public, enabling grant to the private partner, through the use of certain legal instruments of the Statute of the City itself as a form of consideration to this interesting partner. Only experimenting a combined interpretation and application of legal instruments available to the State together with a political will, which may be secured to the Brazilian population the promised development and realization of the constitutional right to housing.

Keyword: Regularization. Possession of legitimacy. Public-private partnerships

RIASSUNTO

Il ruolo dello Stato nel corso della storia era molto diversa, a volte con un carattere intermedio, e talvolta con un atteggiamento per regolare il minimo necessario. Il secondo approccio, purché enorme deficit nel settore delle infrastrutture, gli squilibri sociali, slums, suddivisioni e la realizzazione non del diritto alla casa. Così, lo stato bisogno di espandere la sua partecipazione alla composizione del suolo ad una regolarizzazione completa dal momento che dovrebbe includere l'installazione di urbanizzazione e infrastrutture adeguate per la concessione di titoli cartografica riconoscere il possesso e/o le singole proprietà. Affrontare la mancanza di infrastrutture, l'urbanizzazione e l'organizzazione del suolo che si sono accumulati negli ultimi decenni, è bloccato dal fallimento della tassa brasiliano, che deve prendere su di sé la responsabilità del villaggio, ma soprattutto quello di avviare collaborazioni con il settore privato. Il ruolo delle organizzazioni sociali, delle organizzazioni della società civile di interesse pubblico e partenariati pubblico-privato devono essere ampliato l'efficacia di regolarizzazione. Obbligatorio se l'investimento non solo pubblica, consentendo concessione al partner privato, attraverso l'utilizzo di alcuni strumenti giuridici dello Statuto della Città stessa come una forma di considerazione questo partner interessante. Solo vivendo una interpretazione congiunta e l'applicazione di strumenti giuridici a disposizione dello Stato in combinazione con la volontà politica, che può essere fissato alla popolazione brasiliana ha promesso lo sviluppo e la realizzazione del diritto costituzionale alla casa.

Parola chiave: Regolarizzazione. Il possesso di legittimità. Partenariati pubblico-privati

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	A RESPONSABILIDADE ESTATAL FRENTE AO DIREITO À MORADIA	17
1.1	Modelos de Estado	17
1.1.1	<u>Transcurso histórico acerca dos modelos de Estado</u>	17
1.1.1.1	Do mercantilismo ao Estado Liberal	18
1.1.1.1.1	Da ruptura dos neoclássicos ao Estado de Bem-Estar Social	20
1.1.2	<u>O Estado Brasileiro e a Parceria Público-privada como saída aos seus desequilíbrios</u>	25
1.2	A falência fiscal do Estado e sua responsabilidade frente a efetividade de direitos	27
2	A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA BRASILEIRA E SEUS FUNDAMENTOS LEGAIS	30
2.1	Aspectos conceituais e a evolução histórica da regularização fundiária	30
2.1.1	<u>O direito à moradia e a regularização fundiária</u>	31
2.1.1.1	A diferenciação entre o direito a moradia e o direito de propriedade.....	34
2.2	Evolução Histórica da regularização fundiária brasileira	43
2.2.1	<u>A urbanização brasileira e sua proteção jurídica</u>	43
2.2.2	<u>A evolução da legitimação da posse e a regularização fundiária em áreas urbanas</u>	62
3	A LEGITIMIDADE DA POSSE E SEUS EMPECILHOS	65
3.1	A posse	65
3.2	Função social da posse	68
3.3	Da previsão legislativa atual da legitimação da posse	74
3.4	Dos entraves para efetividade	82
4	PARCERIAS COM O SETOR PRIVADO: UMA NOVA PROPOSTA DE EFETIVIDADE PARA A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA	88
4.1	O tratamento legislativo da parceria público-privada	92

4.1.1	<u>Configuração jurídica</u>	92
4.1.2	<u>Abrangência do instituto jurídico</u>	95
4.1.3	<u>Diretrizes legais</u>	99
4.1.4	<u>Licitação para instituição de parcerias público-privadas</u>	110
4.1.5	<u>Contratos de parcerias público-privadas</u>	115
4.2	Dos contratos de gestão	119
4.3	Gestão por colaboração: termos de parcerias com OSCIPs	122
4.4	Da escolha de contratação pública para efetivar a regularização fundiária	124
5	CONCLUSÃO	131
	REFERÊNCIAS	135
	ANEXO A -Portaria CGJ/TJRJ nº 207/09.....	143
	ANEXO B - Portaria CGJ/TJRJ nº 26/11	149
	ANEXO C - Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 131/09	155
	ANEXO D - Minuta de chamamento público para manifestação de interesse	176
	ANEXO E - Minuta de edital público para manifestação de interesse	191

INTRODUÇÃO

Incontestavelmente a posição do Estado ao longo da história vem se alterando, passando por modelos diferenciados, seja de provedor de todas as necessidades da sociedade, seja como mero espectador, regulando e intervindo o mínimo possível.

Dessa forma, um dos objetivos deste trabalho está em evidenciar a superação do panorama de um modelo de Estado interventor, que consegue ofertar, ele próprio, as demandas da população, para um modelo de Estado que busca atender ao setor privado determinadas atividades da qual não conseguiria desempenhar, como uma regularização fundiária plena.

Com esse intuito, no primeiro capítulo restou descrito um transcurso histórico acerca dos modelos de Estado, tratando desde os ideais mercantilistas ao Estado Liberal. Posteriormente, foram realizadas análise do pensamento neoliberal e sua correlação com o modelo de parcerias com o setor privado, apresentado como uma alternativa aos desequilíbrios do presente modelo.

Sendo assim, uma análise mais completa no que pertine ao papel deste Estado diante da ideologia neoliberal, se fez necessária, demonstrando a redução do papel econômico do Estado, o aumento das privatizações de empresas públicas, a diminuição dos poderes regulatórios, a limitação ou eliminação de serviços públicos, fomento da concorrência nacional e internacional, etc.

Foi necessário traçar ainda, que mesmo com o afastamento deste Estado para o atendimento das demandas da população, visando principalmente o desenvolvimento econômico, não poderia este mesmo Estado deixar de consagrar a liberdade somada a livre iniciativa e a livre concorrência como forma de incrementar a economia e a sociedade brasileira, garantindo o direito ao desenvolvimento pleno.

A ideia defendida é que os déficits de infraestrutura, e a não regulação do solo que ocasionou favelização e loteamentos irregulares surgidos com a nova conjuntura nacional e internacional de globalização e neoliberalismo poderá ser diminuída com investimentos em contratos com o setor privado, e conseqüentemente a garantia direito fundamental ao desenvolvimento.

No segundo capítulo foi necessário traçar as linhas gerais da regularização fundiária brasileira e seus fundamentos legais, verificando a necessidade de sua efetividade frente ao direito à moradia.

Visando uma análise pormenorizada da regulação fundiária, se mostrou necessário traçar a evolução histórica desta, bem como da proteção jurídica da urbanização brasileira. Verificou-se assim, que a primeira lei que marca regulações sobre a terra foi editada em 1850 denominada Lei de Terras. Tão marcante e importante foi o Estatuto da Terra (Lei nº 4504) em 1964, que objetivou garantir e modernizar o latifúndio através de créditos rurais.

A ausência de investimento em infra-estrutura acabou acarretando sérios problemas de urbanização foi necessária a criação de uma lei que trouxesse instrumentos que regulamentassem o espaço urbano. Esta lei (Lei nº 10257/01) foi denominada de Estatuto da Cidade, que traçou suas diretrizes no sentido fornecer a ordenação através da criação de uma política urbana, sem o qual o desenvolvimento da sociedade não se daria de forma equilibrada, não atendendo as funções sociais da cidade e da propriedade urbana, qual seja, a moradia, trabalho, educação, cultura, lazer, transporte, etc.

No entanto, ainda no segundo capítulo, era necessário traçar as linhas básicas e a evolução do instituto jurídico no qual este trabalho pretende abordar como forma de realizar a regularização fundiária. Este instituto, denominado legitimação da posse foi analisado desde a Lei de Terra para o atual regulamento da Lei nº 11.977/09.

Visando aprofundar o estudo da legitimação da posse, foi analisado no terceiro capítulo a atual regulamentação. Para que esta fosse fundamentada, foi necessário analisar a posse e sua função social.

A Lei nº 11.977/09 foi analisada, tendo sido tratada desde a legitimidade para a propositura da regularização fundiária ao procedimento exigido pela lei. Porém, alguns entraves para a efetividade da regularização trazida pela lei tiveram que ser tratadas como indicação da conversão após lapso temporal de 5 (cinco) anos da legitimação da propriedade em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, e a impossibilidade desta aquisição quando se referir a imóveis públicos.

Porém, necessário era trazer a possibilidade de utilização de parcerias com o setor privado visando efetivar a regularização fundiária plena com a utilização da legitimação da posse. Para isso, foi traçado no quarto capítulo as parcerias econômicas clássicas com o setor

privado, onde é possível a admissão de contraprestação através de tarifas; para se chegar nas contratações que envolvam serviços públicos sociais, onde tal cobrança está impossibilitada.

Três parcerias com o setor privado foram analisadas quanto a possibilidade de atuar na efetivação da regularização fundiária prevista na Lei nº 11977/09: contratos de gestão com as organizações sociais previstos na Lei 9637/98, termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público prevista pela Lei nº 9790/99, e as concessões administrativas através de contratos de parceria público-privada, prevista pela Lei 11.079/04.

Verifica-se que o modelo mais adequado de contratação com o setor privado que possibilite efetivar uma regularização fundiária plena e adequada, concedendo não apenas o título cartorário, mas também a urbanização necessária da área. Estabelece-se no fechamento proposta de alteração da lei vigente, possibilitando ampliar a atuação do setor privado na efetivação da regularização fundiária.

Pela inerente importância do assunto, aliada a uma tentativa de se buscar uma saída para a falência fiscal do Estado, visando atender as demandas por infra-estrutura e urbanismo da população brasileira, bem como uma adequação territorial possibilitando a aplicação de uma regularização fundiária plena, tem-se que enfrentar diversos obstáculos, dentre eles a fixação de alterações legislativas no atual modelo da legitimação da posse.

Possuiu caráter inovador a possibilidade em vincular o pagamento ao parceiro privado ao seu desempenho na prestação de serviço público, buscando adequar este as metas, padrão de qualidade e disponibilidade definidas pela parceria, demonstrando a busca pela garantia ao interesse público.

Por fim, buscou-se delinear que as contraprestações dos parceiros privados poderiam ser realizadas com aplicação conjunta de instrumentos do Estatuto da Cidade, o que promoveria, não apenas a possibilidade do Estado não necessitar arcar com dinheiro público, do qual não dispõe, mas efetivamente contribuir para a ordenação urbana.

Todas as indagações e perspectivas apresentadas neste trabalho consideram a mudança do modelo de Estado e a sua responsabilidade na garantia do desenvolvimento, porém, sem fechar os olhos para uma realidade de falência estatal, e por isso, a busca de instrumentos jurídicos que possibilitariam não apenas a diminuição do déficit social ocasionado pelo ínfimo investimento em infraestrutura e regulação territorial ao longo da história, mas também a

tentativa de manutenção dos recursos públicos do qual dispõe o Estado, sempre com vistas ao bem-estar e realização humanas.

1 A RESPONSABILIDADE ESTATAL FRENTE AO DIREITO À MORADIA

A análise primordial para um estudo que se propõe a comprovar a atividade omissiva do Estado Brasileiro bem como a importância do setor privado para viabilizar uma regularização do solo e da condição social do brasileiro excluído do seu direito à moradia, passa por uma compreensão da responsabilidade que cabe aos Estados desempenhar, ou seja, ao que se propõe e ao que pode efetivamente cumprir para alcançar melhorias para a sociedade.

Deste modo, segue análise sobre os modelos de Estado e a função que desempenharam em um transcurso histórico importante.

1.1 Modelos de Estado

1.1.1 Transcurso histórico acerca dos modelos de Estado

A posição do Estado ao longo da história vem se alterando, passando por modelos diferenciados, seja de provedor de todas as necessidades da sociedade, seja como mero espectador, regulando e intervindo o mínimo possível.

A análise deste papel se faz importante na medida que cada modelo de Estado possui uma deficiência e produz consequências nem sempre agradáveis à população.

Desta forma, apreciar a evolução dos modelos de Estado é requisito essencial para se concluir a respeito do cenário do surgimento das parcerias público-privadas.

1.1.1.1 Do mercantilismo ao Estado Liberal

Desde a Revolução Francesa a sociedade tem se questionado sobre qual papel que deveria o Estado desempenhar, por conta disso, devido à sucessão de demandas sociais, o Estado passou a assumir modelos visando a atender tais anseios.

Deve-se frisar que essa sequência que será analisada de formas adotadas pelo Estado ocorreu devido à impossibilidade de oferecer respostas a uma sociedade cada vez mais dinâmica e participativa.

Falar em modelo de Estado pressupõe analisar a dicotomia entre o público e o privado, ou seja, a interface de interesses envolvidos em uma sociedade.

Em uma análise desta dicotomia perante os modelos estatais, deve-se ressaltar, primeiramente, conforme uma ordem histórica, o Estado Mercantilista, que existiu do século XVI a meados do século XVII. Nesse modelo, o Estado fazia o papel de interventor na economia, e seu objetivo precípua era a obtenção de riquezas através da acumulação de metais.

O maior divulgador do mercantilismo através das suas críticas elaboradas a este modelo, foi Adam Smith através do livro “The Wealth of Nations”, publicado em 1776, cuja tradução o denominou como “A riqueza das Nações”¹. Através de sua análise e crítica ao modelo mercantilista reforçou a ideia de que mesmo procurando sempre um protecionismo alfandegário e comercial, não estava o Estado procurando desenvolver suas manufaturas locais; pelo contrário, o objetivo era apenas o acúmulo de metais nobres fosse no interior do país, fosse em colônias, devido ao grande impulso dos descobrimentos marítimos no século XVI, ou seja, as demandas agraciadas como modelo eram as da aristocracia e da burguesia, e esta última sempre subjugada à primeira.

Devido às severas críticas ao mercantilismo, Adam Smith inaugurou uma nova era do pensamento econômico denominada de Escola (ou Economia) Clássica. Este pensamento também denominado de liberalismo produziu um novo modelo de Estado denominado de Estado Liberal.

Para este novo modelo de Estado inaugurado por volta de 1776 preconizava o não-intervencionismo. Pensava Smith que as Nações apenas poderiam acumular riquezas se

¹ SMITH, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*. Biographique par Adolphe Blanqui. Traduction de German Garnier revié et precede d` une notice.Paris: Guilhaumin, p. 188.

proporcionassem a possibilidade aos indivíduos, através de seus governos, de conduzirem e perseguirem seus interesses pessoais sem amarras econômicas impostas pelo Estado. Entendia que a partir do momento que cada indivíduo busca seus próprios interesses, a economia se ajustaria através do princípio da oferta e procura, beneficiando, deste modo, a sociedade como um todo. O Estado deveria, portanto, ser o aparelho de que se serve o homem para alcançar, na sociedade, a realização de seus fins.²

O absolutismo monárquico e a ideologia de liberdade do indivíduo, apesar de opostas, acabaram por marcar a primeira noção de Estado de Direito, onde se verificava a preponderância do interesse burguês.

A burguesia, utilizando-se dos argumentos do direito natural, acabou por diminuir os poderes do monarca e destruir os privilégios dos nobres feudais decadentes.

A partir do momento em que o Estado buscava limitar a sua atividade ao mínimo necessário, estava se concedendo uma maior oportunidade à esfera privada, concedendo ao indivíduo a possibilidade de alcançar seus objetivos particulares sem estar limitado aos ditames do Estado. O indivíduo possuía a máxima autonomia e, deste modo, dever-se-iam fixar os limites da esfera privada para que não ocorressem invasões de ordem estatal, visando a garantir a limitação do poder do Estado, devendo este ficar restrito a conceder aos indivíduos a possibilidade de alcance dos seus objetivos particulares.

Deve-se assinalar que cabia ao Estado apenas a garantia de uma ordem pública, para manutenção da liberdade do indivíduo, para que este não viesse a sofrer restrições por um outro indivíduo. O interesse público, deste modo, era apenas a conservação das liberdades individuais, e, como cabia ao Estado atender ao interesse público, deveria o mesmo se comportar como mero garantidor de tais liberdades; cabendo ao indivíduo, por seu turno, saber como utilizar-se desta liberdade, conforme proferiu Vierkandt:

Só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões.³

Porém, o respeito a esta esfera privada, podendo ser denominado de autonomia máxima da vontade, não garantiu por si só o desenvolvimento da sociedade, haja vista a então propalada liberdade estar adstrita à burguesia.

² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 41.

³ VIERKANDT, 1921, p. 99 apud BONAVIDES, 1996, p. 60.

A Revolução Francesa fez consolidar a burguesia como classe dominante, e, como dito anteriormente, através de formulações teóricas que tinham como base os direitos naturais, formularam seus princípios para tal revolta social. Porém, a ideologia burguesa apenas generalizou a divulgada liberdade à todos os integrantes da sociedade com a finalidade de alcançar o poder político.

Entretanto, com o poderio político em suas mãos, não mais se fazia necessário colocar em prática a ideologia divulgada estendendo a liberdade à todos os homens; pelo contrário, na prática as decisões políticas apenas visavam à ideologia de classe.

Tendo em vista a prática de decisões políticas voltadas única e exclusivamente com o objetivo de atender os anseios da burguesia, foi necessária a elaboração de novo modelo teórico de pensamento econômico e, conseqüentemente, de um novo modelo de Estado.

1.1.1.1 Da ruptura dos neoclássicos ao Estado de Bem-Estar Social

Em virtude de, na prática, as decisões políticas não atenderem os anseios de toda a sociedade, se fazia necessário criar um modelo em que esta liberdade do indivíduo introduzida pelo Estado liberal fosse traduzida na possibilidade deste interferir na formação da vontade do próprio Estado, nas suas escolhas políticas. Muda-se, portanto, o foco de um princípio liberal para um princípio democrático, fazendo surgir a chamada democracia de massas ou igualitária.

A Primeira Guerra Mundial fez com que os teóricos passassem a discutir o real alcance desta liberdade prolatada pelo liberalismo. Afinal de contas, que liberdade seria esta que teria como contrapartida a escravidão dos trabalhadores, opressão e fome da população?

Não cabia mais à sociedade o discurso de liberdade se esta não estivesse unida aos postulados de justiça social e econômica. Bem salientou Herbert Samuel:

Não pode haver verdadeira liberdade se o homem for confinado e oprimido pela pobreza, pelo excesso de horas de trabalho, pela insegurança da subsistência (...). Para ser verdadeiramente livre, deve ser libertado também dessas coisas. Em muitos casos, somente o poder da lei poderia conseguir isso. Mas lei pode, muitas vezes, significar mais liberdade.⁴

⁴ SAMUEL, 1984, p. 221-222 apud VINCENT, 1995, p. 51.

No âmbito econômico, com a falência do modelo liberal surgiu com a Segunda Revolução Industrial o pensamento econômico dos denominados neoclássicos, de acordo com o qual o Estado deveria desenvolver um papel parcial na economia, passando a sofrer abalos que se refletiam em diversos anseios sociais em face da opressão crescente à classe trabalhadora.

O marginalismo – outra denominação dos neoclássicos – sofreu uma cisão interna de pensamento. Esta cisão se deu em virtude das circunstâncias sociais, econômicas e políticas da época.

Portanto, de um lado existia o pensamento neoliberal com influências da Escola Clássica, prevendo que o Estado não deveria intervir na economia, devendo adotar o princípio do Estado-mínimo, tendo como principal defensor Friedrich Hayek, que se embasava no ideal de que o Estado não pode ser empresário.

Ao lado do pensamento neoliberal, foi criado um novo pensamento econômico desenvolvido por John Maynard Keynes, que acreditava na obrigação do Estado de manter o crescimento da demanda em paridade com o aumento da capacidade produtiva, o que garantiria, assim, o pleno emprego. Visam os keynesianos a oportunidade do pleno emprego, mas sem excesso, pois, caso contrário poderia gerar inflação. Neste modelo, o Estado agiria como um ente econômico, devendo ele mesmo aumentar a demanda (consumo) visando ao aumento de produtividade e, conseqüentemente, de emprego.

O que se pretende é criar um Estado apto a diminuir as desigualdades sociais, garantindo a todos a possibilidade de desenvolvimento, ampliando a prestação de serviços públicos e, oferecendo incentivos fiscais, subsídios e construção de infra-estrutura.

Ao lado do pensamento econômico exposto, deve-se frisar que o pensamento doutrinário de reação ao liberalismo, seja das doutrinas totalitárias seja da moderna democracia do Estado Social, possuía um traço marcante: a vinculação da liberdade ao poder.⁵

Montesquieu, em seus ensinamentos, conferia limites ao exercício da autoridade com a separação de poderes. Locke, por sua ocasião, instruía que os direitos naturais deveriam ser preservados, frente à organização estatal.

Rousseau, por sua vez, não pregava a defesa do homem contra o Estado, proferindo que o poder não era desprezível, devendo este ser entregue a um titular dotado de sabedoria,

⁵ BONAVIDES. *Op. cit.*, nota 2, p. 163.

não podendo nunca ser entregue ao indivíduo, nem a uma parcela da sociedade. Caberia ao governante, conforme idealizava Rousseau não a garantia aos indivíduos de oportunidades para o alcance dos seus objetivos particulares; mas um contrato social, onde o governante deveria garantir o interesse público. O homem não deveria existir no particular, mas no geral, visando sempre ao bem comum.

Após da ideologia de Rousseau, pode-se analisar a ideologia de Marx, que fundava os males sociais nos fatores econômicos. Para Marx, não deveriam existir privilégios de classe, devendo toda a sociedade (classes) estar unida, criticando fervorosamente o capitalismo.

Surge, com o avanço ideológico, o Estado do Bem-Estar Social,⁶ aumentando a dimensão da esfera pública antes diminuída devido ao pensamento do não intervencionismo antes existente.

Este Estado possuía como pilar a democracia, devendo ser esta o caminho para o alcance das finalidades sociais. Conforme Paulo Bonavides, democracia seria: “[...] a conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretecida de entusiasmo e boa vontade”⁷.

No Estado Social, com base no interesse público é possível o Estado intervir em interesses individuais na esfera econômica.

Porém, com o crescente papel a ser desempenhado pelo Estado, passa-se a operar uma “confusão definitiva do que seja a esfera do público (do interesse comum, do alcance geral) e o que seja estatal propriamente dito”⁸.

Esta confusão oriunda da transferência de responsabilidade para o Estado acabou por gerar a ausência de uma responsabilidade cidadã, de acordo com o qual os indivíduos deixam de exercer seus deveres e contribuições para uma sociedade melhor, transferindo para o Estado a obrigação de atender a todos os anseios da população. O fato de o ser humano declinar de sua responsabilidade pessoal privilegiando a responsabilidade coletiva acabaria por gerar irresponsabilidades.

As legislações que surgiram com o advento desta nova ideologia de Estado não eram uma tradução de generosidade burguesa, e nem mesmo a aceção de uma responsabilidade

⁶ Também denominado de *Welfare State*, que significado ser um Estado que garanta tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, não como mera caridade, mas como um direito político.

⁷ BONAVIDES. *Op. cit.*, nota 2, p. 175.

⁸ VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

irrestrita por parte do Estado, pelo contrário, era o reflexo da necessidade de sobrevivência da própria burguesia que se via principalmente afetada com a ideologia socialista que influenciava a classe operária.

Mais do que nunca era necessário que o Estado fixasse suas escolhas para investimento de recursos públicos não apenas visando atender demandas imediatistas, mas também visando os efeitos destes investimentos no futuro.

Certo é que o Estado Social oferecia um grande perigo à índole dos governantes e suas consequentes escolhas, e devido à dependência dos indivíduos para com o Estado devido a sua natureza intervencionista e consequente impossibilidade daqueles suprirem suas necessidades sem a ajuda deste, fez com que a sociedade se sujeitasse às escolhas dos governantes.

Infelizmente, tais escolhas muitas vezes foram trágicas, ocorrendo desvirtuamento do poder por parte dos governantes, devido a estes deterem o controle da função social e acabarem por utilizar a mesma em proveito próprio, ocasionando corrupção e em alguns casos a destruição do próprio indivíduo, como ocorre no totalitarismo.

Neste novo cenário, surge o denominado Estado Democrático de Direito, proporcionando ao povo interferir nas escolhas dos investimentos públicos e controlar a aplicação concreta destes.

Deste modo, a visão do espaço público se modifica em face da possibilidade de participação popular, “que decerto não mais se pode confundir pura e simplesmente com o Estado”.⁹

Este modelo de Estado foi incorporado pela nossa Carta Magna vigente, apesar de alguns doutrinadores¹⁰ discordarem da expressão, preferindo adotar “Estado de Direito Social e Democrático”, visando à proteção às liberdades individuais e ao bem comum, buscando que o princípio democrático se expresse no controle da Administração Pública exercida pelo povo.

Neste novo papel a ser desempenhado existirá a esfera privada onde está o indivíduo, a esfera pública onde se situa o Estado e uma terceira esfera que poderia ser denominada de

⁹ BONAVIDES. *Op. cit.*, nota 02, p. 16.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirizações e outras formas*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

“coletiva” com o objetivo de atender a interesses gerais de grupos e comunidades, de cidades e de países¹¹.

Quando se pensa em espaços públicos, deve-se ter em mente que este será traduzido nos limites de atuação com o objetivo de atender o interesse público ou o alcance do bem comum, normalmente prestados pelo Estado ou delegados a terceiros¹².

O que se pretende é um Estado sem atuar na economia, ressalvada sua atuação nos casos de relevante interesse econômico e de segurança nacional, que deverão ser definidos em lei.

¹¹ ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a administração pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 7-8.

¹² Deve-se atentar para a possibilidade da existência de espaços públicos não-estatal, tendo em vista a prestação de serviços e gestão de bens públicos mesmo sem leis ou regulamentos disciplinando-os.

1.1.1.1.1 O Estado Brasileiro e a Parceria Público-Privada como saída aos seus desequilíbrios

A Constituição de 1988 deve ser vista como fruto da movimentação da sociedade civil, marcando o início da reconstrução do governo democrático, preconizadora do modelo do Estado Democrático de Direito, substituindo o modelo do Estado do Bem-Estar Social que estava em decadência no mundo.

Nunca é demais dizer que a dilapidação do Estado brasileiro começou com a ditadura militar propiciando uma abertura à ideologia neoliberal, que já estava concretizada nos países desenvolvidos. Deste modo, os efeitos econômicos da onda globalizante somado ao pensamento neoliberal, de não intervencionismo estatal, oferece suporte suficiente para o sepultamento do modelo providencialista e um retorno ao antigo modelo econômico liberal do séc. XIX.

A regra a ser seguida pelo país seria a auto-regulação da economia pelas forças de mercado, ficando apenas para o Poder Estatal a regulamentação do mínimo necessário para a garantia da lei e da ordem pública.

O auge do pensamento neoliberal, no Brasil, se deu no governo Collor, pois, acreditava a população que, votando em Fernando Collor, a pregação neoliberal faria diminuir a má distribuição de renda e situações precárias nas políticas sociais. A base deste pensamento era uma reação contra o Estado intervencionista e de Bem-Estar.

Após as vitórias políticas devido à ideologia neoliberal, esta começou a perder impulso, refletindo em déficits nas balanças comerciais, desindustrialização, desequilíbrios sociais, altas taxas de desemprego e instabilidades devido à ampla abertura ao mercado internacional.

A sociedade deixada de herança por este modelo possui extrema fragmentação social, com excluídos em sua maioria e beneficiários do progresso econômico em sua minoria.

Em decorrência de toda a mudança empreendida, o Estado não consegue mais responder de forma eficaz a estas novas condições da sociedade. Aliado à ideologia neoliberal, preferiu-se a proclamação da liberdade de serviços em nome da eficiência e da qualidade, refletindo maciçamente em terceirizações dos serviços públicos para entes privados.

Como dito anteriormente, é necessário que os espaços determinados como públicos atendam ao interesse público, e por isso, deve-se questionar qual será este novo papel do Estado, através da influência do pensamento liberal, visando a atender este interesse.

Este novo papel do Estado nos espaços públicos teve que necessariamente ser desempenhado através uma formalização de delegação em face da falência estatal, oferecendo espaço para um Estado regulador.

Esta atribuição estatal de regulador, conforme Vital Moreira, nasce devido a fatores como: (i) redução do papel econômico do Estado, (ii) a privatização de empresas públicas, (iii) a diminuição dos poderes regulatórios, (iv) a liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime exclusivo público e privado, (v) a limitação ou eliminação de serviços públicos e (vi) o fomento da concorrência nacional e internacional¹³.

Quando se pensa em delegação, não é possível excluir a delegação de serviços públicos indiretos mesmo que de forma tácita.

O que se pretende é a aliança entre as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público, no qual o Estado apenas determinará as finalidades a serem atingidas quando a atividade for de relevância coletiva.

Norberto Bobbio afirmou que o “Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garantidor, mais do que a de detentor do poder de império.”¹⁴ O Estado tem como obrigação regular o setor econômico, e para alguns, também o setor social,¹⁵ visando ao desenvolvimento humano, porém, esta sua função deverá ser exercida não necessariamente através da figura do Estado provedor, mas por um Estado financiador.

Para firmar ajustes entre os setores público e privado, seja lucrativo ou não, visando a atender o desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país, necessário se faz a introdução de novas diretrizes instrumentalizadas por meio de novas formas jurídicas.

Em consequência da necessidade estatal foi editada a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, regulando as concessões e permissões e mais recentemente, a Lei nº 11.079/2004, regulando a parceria público-privada, espécie do gênero delegação por concessão.

¹³ MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4.,2001, Coimbra. *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra, 2001.. p. 223-247.

¹⁴ BOBBIO, 1987, p. 26 apud OLIVEIRA, 2005, p. 91.

¹⁵ Michel Crozier defende uma regulação também do setor social, incluindo neste a educação, saúde e assistência social. CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno: estratégia para uma outra mudança*. Brasília: FUNCEP, 1989. p. 99-101.

Constatando-se a falência do Estado brasileiro e sua impossibilidade de atendimento a demanda de infra-estrutura, buscou-se uma nova alternativa para solucionar de uma única vez o atendimento ao interesse coletivo e o fomento da atividade econômica, arruinada com a estagnação do modelo neoliberal, sendo o modelo de parceria público-privada uma das saídas encontradas pelo Estado.

1.2 A falência fiscal do Estado e sua responsabilidade frente a efetividade de Direitos

Se algum tempo atrás cabia a existência de um Estado prestador, em um modelo providencialista, hoje, o que se faz necessário é uma constante discussão da corresponsabilidade entre o Estado, empresas e sociedade na busca da efetivação de direitos fundamentais, trazidos pela Carta programática de 1988.

Para Jorge Miranda, entendem-se como direitos fundamentais os

[...] direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.¹⁶

Apesar da busca incessante de se firmar a corresponsabilidade dita anteriormente, ainda recai sobre o Estado o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional, inclusive com sede constitucional.¹⁷

Dentro da ideia de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cabendo:

[...] à organização – mormente por meio de seu aparato administrativo – exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.¹⁸

Não é permitido ao Estado fixar sua atuação visando apenas ao desenvolvimento econômico, devendo fixar também suas diretrizes no homem, em seu cidadão. Pode-se afirmar, que qualquer que venha a ser a intervenção estatal, que busque as prestações de cunho social, buscando principalmente a efetivação dos direitos fundamentais, deixando de lado uma possível assunção de um modelo socialista, deverá e será apoiado.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. 4. p. 7.

¹⁷ BRASIL. *Constituição Federal*, 1988, art. 3º, II.

¹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94.

Deste modo, o direito ao desenvolvimento apregoado pela Carta Magna vigente passa pela consagração da liberdade somada a livre iniciativa e a livre concorrência como forma de incrementar a economia e a sociedade brasileira.

Deve-se deixar claro que a escassez de recursos públicos não pode ser justificativa para que o Estado se afaste de sua responsabilidade, cabendo a este, ações de fomento, regulações e parcerias.

Devido à previsão constitucional no §2º do artigo 5º, afirmando que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, se faz necessária à análise da Declaração sobre direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), concluindo-se também, tratar o direito ao desenvolvimento com um direito fundamental decorrente do preceito constitucional anteriormente exposto.

A Declaração mencionada estabeleceu que o “desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.”¹⁹

Segundo esta Declaração, cabe aos Estados, conforme o artigo 2º, inciso 3º, o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, visando constantemente o aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em uma participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa.

Por última análise à Declaração, afirma-se o reconhecimento da pessoa humana como participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento,²⁰ afastando a ideia de um Estado garantidor, e ratificando um modelo de corresponsabilidade entre os cidadãos e o poder estatal.

O direito ao desenvolvimento se insere nos direitos fundamentais de terceira dimensão,²¹ que expressam valores atinentes à solidariedade e à fraternidade, cuja titularidade

¹⁹ Preâmbulo da Declaração, que foi adotada pela Resolução 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986.

²⁰ Art. 2, inciso 1, da Declaração sobre direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

²¹ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos de “primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 57).

seja difusa ou coletiva, sendo fruto de reivindicações à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas.

Este rol de direitos foi sedimentado pela doutrina, como os que tratam do desenvolvimento, da autodeterminação dos povos, da paz, do meio ambiente, da qualidade de vida, da conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade e da comunicação.²²

A promoção do desenvolvimento tem que estar aliada à realização da dignidade da pessoa humana, ampliando-se os aspectos que deve pautar a gestão pública, se acolhendo ações de natureza política, econômica, social, ambiental, cultural, etc.

Deve-se inserir a parceria público-privada como um instrumento para a efetivação do direito ao desenvolvimento, preconizado em nossa Carta Constitucional através de uma regularização fundiária efetiva.

Esta afirmativa decorre da própria regulamentação deste instituto, no art. 4º, inc. VII, que prevê: “Art. 4o Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.”²³

Sendo assim, é obrigatório que os projetos prevejam as referidas vantagens socioeconômicas, afastando a possível preocupação do instituto apenas atender a questões financeiras. Mais do que isso, é necessário que os benefícios econômicos e sociais sejam o ponto central da escolha pela parceria público-privada.

Os déficits sociais e econômicos surgidos com a nova conjuntura nacional e internacional de globalização e neoliberalismos poderão ser diminuídos com investimentos em parceria público-privada, e conseqüentemente a garantia direito fundamental ao desenvolvimento.

Efetivar o desenvolvimento determina garantir inclusive moradia digna à população. O principal déficit trazido pela conjuntura analisada anteriormente, é a ausência de moradia regularizada e adequada seja de forma escriturada seja com urbanização eficiente, e a possibilidade da parceria público-privada ser utilizada como instrumento para alcançar sua efetividade.

²² FERREIRA FILHO. *Op. Cit.*, nota 21. p. 57-68.

²³ BRASIL. *Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004.*

2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA BRASILEIRA E SEUS FUNDAMENTOS LEGAIS

2.1 Aspectos conceituais e a evolução histórica da regularização fundiária

Conceituar regularização fundiária tem grande importância para se definir o conteúdo dos processos regularizadores, tendo em vista como se estabelece juridicamente os contornos do que é uma regularização fundiária, serão diferentes os efeitos sobre as políticas públicas que serão implementadas pelo Estado.

Apesar da iniciativa primária da doutrina na tentativa de conceituação, a Lei nº 11.977/2009, que trouxe o programa governamental denominado “Minha Casa, Minha Vida”, o legislador estabeleceu um conceito mais amplo, determinando que a regularização fosse feita sempre obrigatoriamente vinculada a realização de algumas medidas.

Definiu a legislador:

Art. 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 moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quando o legislador pátrio determinou a “regularização de assentamentos irregulares” estabeleceu a chamada regularização urbanística. Desta forma, quando exigiu a “titulação de seus ocupantes”, estabeleceu a exigência de uma regularização fundiária. Sendo assim, não é possível desvincular em um processo de regularização fundiária, ou seja, a regularização da titularidade de direitos reais sobre bens imóveis, da organização urbanística do solo, que está associada as atividades de urbanização.

Ainda que tenha assumido uma conceituação mais ampla, não é possível afastar a diferenciação da regularização urbanística. Esta última pressupõe condições básicas de habitabilidade, com infraestrutura mínima e acesso a serviços públicos essenciais.

Pode-se dizer que a regularização urbanística significa a efetividade de atividades urbanísticas para a adequação do uso e ocupação dos espaços urbanos, tornando-os mais funcionais, seguros e salubres, garantindo o direito à moradia de forma ampla.

Sendo assim, a opção mais correta de interpretação é no sentido de optar pelo significado amplo da terminologia regularização fundiária, que envolva a adequação da titularidade do solo somado a regularização urbana do mesmo, o que passará a ser adotado neste trabalho.

2.1.1 O direito à moradia e a regularização fundiária

Como o objetivo último da regularização fundiária é a garantia do acesso à moradia, deve-se especificar qual sua previsão e alcance.

Se partirmos do critério do reconhecimento expresso pela ordem jurídica positiva de um direito fundamental à moradia, deixando, portanto, de lado manifestações no plano da legislação infraconstitucional e até mesmo outros direitos fundamentais conexos, especialmente a função social da propriedade, já consagrada pelas primeiras Constituições do Estado Social de Direito ou dos Estados socialistas (já bastaria lembrar aqui as Constituições do México e da Alemanha, de Weimar, respectivamente de 1917 e 1919), verifica-se ter sido na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde, pela primeira vez, restou consignado o reconhecimento, pela ordem internacional, dos assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais à moradia.²⁴ Com efeito, de acordo com o art. XXV da Declaração:

todos têm direito ao repouso, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle

²⁴

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, dez. 2009/fev. 2010. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2012.

Deixando de lado as previsões do direito à moradia em tratados internacionais regionais, bem como em Constituições de outros Estados, fixa-se a análise na previsão da Constituição Brasileira.

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, demonstra que o Estado Democrático de Direito está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”.²⁵

Constata-se que, ao elencar os direitos a serem resguardados, o primeiro a ser exposto diz respeito aos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à moradia, expressamente introduzido ao texto do art. 6º da Carta Magna, pela redação da Emenda Constitucional nº. 26, de 14.02.2000. Apesar da menção expressa não ter sido feita no texto originário da Constituição Federal de 1988, já existia menção expressa à moradia em outros dispositivos.

O direito à moradia é referendado pelo art. 7º, IV, CRFB/88 ao integrar o dispositivo que concerne aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, relativos às suas necessidades vitais e às de sua família, devendo ser respeitado sob pena de ferir o principal fundamento que rege a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CRFB/88; e um dos seus objetivos fundamentais: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, art. 3º, III, CRFB/88.²⁶

O art. 5º ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos caracteriza alguns como invioláveis (inciso XI), reconhecendo solenemente que a casa (moradia) é asilo inviolável do indivíduo, e que a propriedade atenderá à sua função social (inciso XXIII), o que é reiterado por outros preceitos constitucionais. (art. 170, III, CRFB/88)

O art. 23, IX, CRFB/88, determina ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação e de saneamento básico.²⁷

De qualquer forma, a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais supera qualquer possível controvérsia quanto ao reconhecimento inequívoco no plano constitucional, estabelecendo a máxima força normativa a este direito.

²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28.

²⁶ MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 748.

²⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34

No entanto, ainda é de suma importância fixar a abrangência de proteção do direito à moradia, já que, sabiamente, preferiu o legislador trazer a terminologia isenta de qualquer adjetivo. Apesar da isenção, não há que se cogitar que o legislador tenha feito a opção por moradia inadequada e incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Para Ingo Wolfgang Sarlet²⁸ o direito a moradia incluiria, conforme a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza ou origem;
- b) Disponibilidade de infraestrutura básica para garantia de saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares de direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.)
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente aos portadores de deficiência;
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

Visando melhor fixação da abrangência do direito à moradia, necessário se faz a diferenciação com o direito de propriedade, embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que a moradia, muitas vezes, acaba sendo pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional), bem como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade.²⁹

2.1.1.1 A diferenciação entre o direito a moradia e o direito de propriedade

A concepção de propriedade sofreu inúmeras mudanças e influências ao longo da história dos vários povos, desde a antiguidade, estando ligada diretamente à organização política.

²⁸ SARLET. Op. Cit., nota 25, pág. 19

²⁹ Ibidem.

Nas sociedades primitivas, precedente ao período romano, existia propriedade privada exclusivamente para coisas móveis, restrita a objetos de pouca monta e de caráter pessoal. O solo pertencia a toda sociedade, aos membros das tribos, às famílias, não havendo imponência concernente a um senhor ou a um líder soberano. A propriedade coletiva primitiva é inexoravelmente o marco introdutório que deu origem à função social da propriedade nos tempos primevos.³⁰

Essa conjuntura se justifica pelas convenções e circunstâncias de vida dos indivíduos que figuravam socialmente àquele tempo. Os povos primitivos que não entraram em contato com a civilização, sustentam ainda hoje, a mesma estrutura organizacional. Os homens vivem unicamente da caça, pesca e de frutos silvestres, utilizando-se do solo de forma conjunta pela família e tribo, não provindo oposição de interesses relacionados à apropriação do solo, sendo inconcebível sua utilização individual e privativa. Desprovidos ou escassos os recursos naturais do território, o grupo social transferia-se para outras terras, em busca da garantia de sua subsistência, não estando, portanto, o indivíduo cativo ao solo. Desta forma, inexistia noção de utilização exclusiva de bem imóvel. No transcurso histórico, o constante emprego da mesma terra pelos mesmos povos, passa a atrelar o homem à terra que a utiliza e habita, ex-surgindo a compreensão de propriedade coletiva e, logo após, de propriedade individual.³¹

É complexo determinar o instante do surgimento, na sociedade romana, da forma inicial de propriedade territorial, posto que não existe ciência de registros claros na antiga Roma que possibilitem tal precisão. O conceito de propriedade imobiliária individual emergiu na época da Lei das XII Tábuas, conforme algumas fontes. Durante essa fase do Direito Romano, o homem recebia um quantum de terra com o fim de cultivo, porém, uma vez concluída a safra, a terra regressava ao coletivo. Gradativamente, estabeleceu-se a tradição de outorgar sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas ano após ano. Assim, o pater famílias acomodava-se, edificava sua moradia e habitava com seus familiares e escravos.

Deste modo, efetivou-se no chiste romano a propriedade individual perpétua. A Lei das XII Tábuas determinou o conceito jurídico do *ius utendi*, *fruenti* et *abutendi*, considerando-se o império sobre a terra de forma irrestrita. Nos primeiros séculos da história romana, somente se tolerava o *dominium ex jure quiritium*, propriedade contraída

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 138.

³¹ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direitos das coisas*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 120.

privativamente sob formas pré-concebidas. Somente na era clássica o Direito Romano admitiu exorbitância no uso do direito de propriedade e sua admoestação.

A propriedade grega e romana acoplava-se a duas instituições distintas: a religião e a família. A propriedade privada aproximava-se da religião, e esta da família, através de culto dos ancestrais, os deuses Lares.³²

A morada da família, local de realização de culto, é estreitamente ligada à propriedade do solo onde se fixam, e ao local onde também frequentam os deuses, estando situados o altar, o culto, e a propriedade do solo e das coisas que o munem sob o domínio do pater. Daí surge a aceção sagrada que se confere à casa e ao lar. Os deuses eram pertencentes a apenas uma família e ao seu respectivo lar. Logo, pode-se afirmar que a religião foi o garantidor da propriedade, primeiramente, sendo esta protegida pelos deuses domésticos.³³

A percepção romana de propriedade é propagada pelos hermeneutas para a cultura jurídica da Europa continental.

Na Idade Média, o território transformou-se em sinônimo de poder, perdendo a propriedade o caráter individual e exclusivista, sendo alterados os conceitos jurídicos. Os vassallos eram servos dos senhores; não eram donos do solo.

O Direito Canônico infundiu a opinião de que o homem está capacitado a contrair bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual. Entretanto, por influência de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino, doutrinou-se que a propriedade privada era inerente à própria natureza humana, devendo, no entanto, utilizá-la com justiça.³⁴

A escola do direito natural, na constância do século XVIII, passou a alterar leis que definissem a propriedade. A Revolução Francesa acolheu o conceito romano. O Código Napoleônico, conseqüentemente, balizou a notável noção extremamente individualista do instituto do art. 544: “a propriedade é direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”. Este Código, e as opiniões da Revolução refletiram em todos os ordenamentos que se moldaram no Código Civil francês, englobando a maioria dos códigos latino-americanos.³⁵

³² CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

³³ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.

³⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 71.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 159.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 17, assevera a propriedade como direito inviolável.³⁶

Esse exacerbado individualismo perde força no curso do século XIX através da revolução, do desenvolvimento industrial e dos princípios socializantes, onde se passou a ansiar por um sentido social para a propriedade.

A Constituição do ano de 1824, manifestamente liberal, em seu art. 179, inciso XXII, preceituava: “É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela”.³⁷

A Constituição da República de 1891, em termos análogos, assegurou o direito de propriedade, caracterizado pelo individualismo, em seu art. 72, parágrafo 17: “O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

A inovadora Constituição de 1934 afirmou de maneira indireta, a função social da propriedade, ao dispor em seu art. 113, parágrafo 17, ser assegurado o direito de propriedade, “que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização”.³⁸

O texto da Constituição de 1937 revelou um retrocesso em relação ao antecedente. Garantiu apenas o direito de propriedade, art. 122, nº. 14, fazendo vaga referência que seu conteúdo e limites seriam estabelecidos em leis que regulassem seu exercício, não mencionando os interesses social e coletivo.

A Constituição de 1946, diante da omissão no texto da Carta anterior, definiu expressamente, no art. 147, que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A Lei poderá, com observância do disposto no art. 146, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”.³⁹

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, o disposto na Constituição de 1946 compõe um “marco jurídico, porque prevê a desapropriação por interesse social e, sobretudo,

³⁶ Art. 17- “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de prévia e justa indenização”.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 138.

³⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

³⁹ VENOSA. Op. Cit., nota 37, loc. cit.

aponta um norte à legislação infraconstitucional, no sentido de assegurar a justa distribuição e igual oportunidade de acesso à propriedade”.⁴⁰

Essa ordem constitucional proporcionou a elaboração de legislação operativa, atentando ao princípio da propriedade dirigido ao bem-estar social. Originou-se no ordenamento jurídico pátrio uma exigência positiva e não só um dever de abstenção do proprietário. Foi introduzido no direito positivo um direito/dever.⁴¹

Inobstante o momento político de geração das Constituições de 1967 e 1969, ambas registraram explicitamente como objetivo da ordem social alcançar o princípio da função social da propriedade, art. 160, inciso III. A propriedade assumiu uma posição de proeminência, estando prevista no art. 153 como direito inviolável da pessoa humana, conjuntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança.

Na esfera civilista, o Código Civil de 1916 adotou o molde de propriedade constituído pelo Código Napoleônico, evidenciado pelo individualismo e patrimonialismo. O art. 524 do Código Histórico, reproduzindo a filosofia da camada senhorial, que o fez organizá-lo como um reflexo de suas ações e sentimentos, conforme a percepção que tinham da sociedade no seu idealismo.⁴²

A Constituição Federal vigente, destina um Capítulo à Política Urbana, no Título referente à Ordem Econômica e Financeira (arts. 182 e 183).

O Princípio da Função Social da propriedade encontra-se inserido após às disposições relativas aos princípios gerais da atividade econômica, que, em sendo urbana a propriedade, só se efetiva quando atende às exigências essenciais de ordenação da cidade exaradas no Plano Diretor, art. 182, CRFB/88.⁴³

O objetivo principal possui natureza social, tendo como finalidade imediata “viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano”.⁴⁴

⁴⁰ MELLO de, Celso Antônio Bandeira. *Novos aspectos da função social da propriedade*. São Paulo: Revista de Direito Público, 1987. p. 40.

⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

⁴² Idem.

⁴³ OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 8.

⁴⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 27.

O art. 183, por sua vez, estabelece a usucapião especial de pequenas áreas urbanas, salientando que a utilização deve ser com a finalidade de moradia.⁴⁵ Contudo, o texto normativo constitucional requer expressamente a produção de uma norma infraconstitucional, qual seja: Lei nº. 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade -, determinando em seu exórdio que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”.⁴⁶

O Estatuto da Cidade não tem como único propósito assegurar a execução dos dispositivos constitucionais que disciplina, tendo também o condão de fixar deveres e proibições a particulares e a agentes públicos, renovar a ordem jurídica e institutos jurídicos, estabelecer sanções para os que transgredirem os preceitos por ela fixados, além de exigir a produção de normas, no âmbito municipal, que garantam a sua total aplicabilidade.

A análise da Lei nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade - impõe a coadunação com normas e princípios constitucionais, a fim de explicitar a real acepção e o alcance de cada um dos seus mandamentos.

Sob a égide do sistema constitucional brasileiro, verifica-se que a Lei Maior exige a implementação de políticas sociais ativas, e que o Estatuto da Cidade vem viabilizar a materialização do conteúdo constitucional, dando a intensidade necessária para garantir a sua efetividade.

Os instrumentos jurídicos de política urbana, como as leis reguladoras do parcelamento do solo urbano, as leis de zoneamento, códigos de edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana, e outros regulamentos de caráter urbanístico e de preservação do meio ambiente têm sido insuficientes para a resolução dos problemas referentes às cidades e aos pólos urbanos.⁴⁷

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara). Civil “USUCAPIÃO URBANO -Previsão na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Cidade. - Inocorrência dos requisitos da boa-fé e justo título nesta modalidade de usucapião. - Presença dos requisitos necessários por parte da autora: posse incontestada e ininterrupta por 05 (cinco) anos, área inferior a 250m², inexistência de outra propriedade urbana ou rural por parte da usucapiante. - Inaplicabilidade do art. 2.028 do novo Código Civil, por não tratar a hipótese de usucapião ordinário. - Notificação extrajudicial que não tem o condão de interromper o lapso prescricional de 05 (cinco) anos, diante do inciso V do art. 202 da atual Lei Civil. Usucapião que se declara a favor da autora, mantendo-se a gratuidade de justiça. (PROVIMENTO DO RECURSO” APELAÇÃO CÍVEL nº. 2006.001.31579. Relator: Desembargador Sidney Hartung. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2007).

⁴⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28.

⁴⁷ DALLARI. Op. Cit, nota 46, p. 28.

As Constituições modernas passaram a conferir direitos sociais, renunciando a prática de prescrever normas específicas às garantias de liberdade dos cidadãos ante o Estado, toando como proteção ao despotismo econômico.

A Constituição Federal de 1988 reitera o direito à propriedade privada e à sua função social pautando-os dentre os direitos fundamentais, consolidados no art. 5º, incisos XXII e XXIII.

Em seu Título VII, a Carta Magna, ao versar sobre a Ordem Econômica e Financeira, estabelece como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, sendo sua finalidade precípua a garantia da existência digna, respeitados os ditames da justiça social, ressaltando que se deve observar os princípios da propriedade privada, art. 170, inciso II, e, da função social da propriedade, art. 170, inciso III.⁴⁸

O direito à propriedade é propagado em múltiplos dispositivos da Carta Maior: art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à propriedade no mesmo patamar dos direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade e segurança); art. 5º, inciso XXIV, dispõe sobre o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social; art. 5º, inciso XXV, prescreve sobre a requisição de propriedade particular em caso de iminente perigo público; o art. 6º, com redação trazida pela Emenda Constitucional nº. 26, assevera a moradia como um direito social, e os arts. 182 e 183 regulamentam a política urbana, com alusão à função social da propriedade e à usucapião especial.⁴⁹

Ao inserir a propriedade como uma liberdade fundamental, relacionada ao interesse social e a valores da ordem econômica, a Constituição da República de 1988, numa congregação de Cartas meramente liberais e de propensão social, abduziu modelos como as Constituições italiana e portuguesa, que se restringiam a abordar o tema nos capítulos das relações econômicas.⁵⁰

Verifica-se a contumácia do legislador ao aventar a propriedade, contudo, não obstante os irrefutáveis progressos, a expressão “propriedade” repercute-se em dispositivos aparentemente paradoxais. Embora enfatize o seu caráter sacro e infringível em alguns artigos em outros define a essencialidade de sua funcionalização, acoplados a outros princípios e direitos fundamentais. Gustavo Tepedino, amparado em sólida doutrina italiana, ensina que

⁴⁸ BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 103.

⁴⁹ MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 748.

⁵⁰ SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 241.

não há mais um motivo para se falar em conteúdo mínimo, como se existisse “antinomia entre a relação de propriedade e o interesse social, mas sim em novo e preciso conteúdo da propriedade, inserida na relação concreta e impregnada dos outros valores não-proprietários tutelados pela Carta Política”⁵¹ Neste sentido, finaliza Pietro Perlingieri lecionando que, “embora não possa a propriedade privada ser esvaziada, como se fosse um mero título de nobreza, não há um conteúdo mínimo a ser preservado, mas sim vários conteúdos mínimos, relativos a cada estatuto proprietário, a serem individualizados em cada situação.”⁵².

A Constituição Federal determinou inúmeros estatutos para distintas posições proprietárias, embasando-se na condição do bem se urbano ou rural; quanto à sua aptidão econômica, produtivo ou improdutivo; e quanto ao critério subjetivo, se o titular é brasileiro ou estrangeiro, sendo certo que nem todas elas usufruem do mesmo prestígio legal.

Inovadoramente, a função social da propriedade além de fixar-se como direito fundamental, alcançou a condição de princípio regente da ordem econômica. A vasta admissão da função social, que se estende a diversos capítulos da Carta Magna, consente em vinculação mais ampla, diretamente atrelada ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e à justiça social.⁵³

Mesmo estando prevista entre os direitos individuais a propriedade não poderá ser consagrada um como direito individual, “relativizando-se seu conceito e significado, porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.⁵⁴

Mister salientar que, a Constituição Federal convergindo com outras Cartas modernas conferiu ao princípio da função social da propriedade operabilidade, determinando parâmetros e instituindo sanções aplicáveis em casos de sua inobservância.

Em derradeira conclusão, deve-se fixar que o direito à moradia poderá assumir, em diversas situações, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito, que se encontra limitado pela função social, de

⁵¹ TEPEDINO Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada. Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 275.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 231.

⁵³ OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 17.

⁵⁴ SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 240.

sorte que, já há algum tempo apenas a propriedade socialmente útil (que cumpre a função social) é constitucionalmente tutelada.⁵⁵

Deve-se acrescentar que uma pessoa terá uma vida digna se garantida uma moradia adequada, o que, necessariamente não será garantida com a mera aquisição de um direito de propriedade sobre um bem imóvel.

Sendo assim, diante do silêncio constitucional quanto ao alcance do direito à moradia, pode-se além de buscar conceitos de tratados internacionais incorporados pelo Direito interno através da ratificação, determinar que seu alcance terá que levar em consideração parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, no sentido de um completo bem estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física.

O direito à moradia possui uma condição de direito de defesa, o que importa dizer que muitas vezes irá, como bem jurídico fundamental, será protegido de qualquer tipo de agressão de terceiros. Essa condição advém da denominada dimensão negativa, ou daquilo que para muitos é chamado de função defensiva dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o direito à moradia também terá seu caráter (dimensão) prestacional, dando oportunidade ao destinatário do direito a possibilidade de exigir do poder público ou do particular, alguma prestação material que venha a assegurar o seu direito a uma moradia compatível com uma vida digna. Deve-se lembrar, que neste contexto de dimensão prestacional que o direito à moradia, como qualquer outro direito social, está enquadrado na categoria de normas constitucionais programáticas, não conferindo ao cidadão um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo.⁵⁶

Esta perspectiva programática determina que o poder público deva atuar positivamente na promoção e proteção, ou seja, na concretização das metas constitucionais estabelecidas, devendo assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população. A mencionada concretização do direito à moradia, passa tanto pela garantia de linhas de financiamento para aquisição ou construção de residências para pessoas de baixo poder aquisitivo, pagamento de alugueres sociais para casos específicos, construção de casas populares, etc.

⁵⁵ SARLET. Op. Cit., nota 24, p. 17.

⁵⁶ SARLET. Op. Cit., nota 24, p. 34-36.

2.2 Evolução histórica da regularização fundiária brasileira

Ultrapassada a discussão quanto o alcance do direito à moradia, sua diferenciação com o direito à propriedade e sua dimensão, resta determinar como a regularização fundiária, conceituada em sentido amplo, irá conjugar a efetividade do direito à moradia e do direito à propriedade. Para isto, deve-se estabelecer um estudo da urbanização brasileira e sua proteção jurídica, para que se chegue ao modelo atual de regularização fundiária.

2.2.1 A urbanização brasileira e sua proteção jurídica

A análise da proteção jurídica dada ao direito à moradia neste trabalho, parte da promulgação da Lei de Terras em 1850, já que no período imperial, as Cartas imperiais, similares às Cartas Régias do período anterior, se resumiam a respostas dadas pelo Imperador a consultas prévias de particulares, estabelecendo conseqüentemente normas e adotando providências de caráter geral.

A Lei de Terras (1850), no conjunto do ordenamento jurídico imperial, representa um marco para a solução de problemas e querelas do universo rural e da propriedade propriamente dita. No contexto da independência política, em 17 de julho de 1822, durante a regência de D. Pedro e em meio a uma conjuntura extremamente complexa, suspendeu-se a concessão de sesmarias. A resolução pretendeu atender à solicitação do posseiro Manoel José dos Reis, “em que suplica[va] ser conservado na posse das terras em que vivia por espaço de 20 anos com sua numerosa família de filhos e netos, não sendo jamais as ditas terras compreendidas na medição de algumas sesmarias.”⁵⁷

No longo intervalo entre os anos de 1822 e 1850, assistiu-se a um vazio legislativo em relação à regulamentação da ocupação territorial. Uma nova lei que regulamentasse o tema só veio a ser promulgada no governo de D. Pedro II. A Constituição de 1824 garantiu em sua plenitude o direito de propriedade, sem fazer nenhuma referência aos problemas decorrentes

⁵⁷ MACHADO, Marina Monteiro; MOTA, Maria Sarita. In: MOTTA, Márcia e GUIMARÃES, Eliane. *Propriedades e disputas: fontes para a história do oitocentos..* Guarapuava: Unicentro; Niterói: EDUFF, 2011. p. 259-260.

do sistema de sesmarias e à ocupação das terras devolutas. A Carta Magna do Império garantiu o princípio da propriedade privada, registrando apenas que “se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela.” Não havia menção às terras devolutas e à responsabilidade do Estado em extremar as terras públicas das privadas nos dispositivos da Constituição.⁵⁸

A Lei de Terras promulgada em 1850 coincidiu com a Lei Eusébio de Queirós, que determinava a proibição do tráfico de escravos em território brasileiro. Este acontecimento fez com que o escravo deixasse de ser uma mercadoria rentável, fazendo com que a terra assumisse esse papel o mais breve possível.

Vários dispositivos da Lei de Terras fez referência ao acesso à terra no país. Em relação as terra devolutas, que no período colonial designava aquelas terras cujo o concessionário não cumpria as condições impostas para sua utilização, o que ocasionava a sua devolução para a Coroa, passou a ser estabelecido pela lei que:

“1 – a compra era a única forma legal de aquisição de terras devolutas; 2 – as terras devolutas seriam definidas por exclusão das terras particulares; 3 – haveria uma reserva de terras devolutas para fins de colonização, fundação de povoações, abertura de estradas, construção naval.”

Por seu turno, com relação à legitimação e revalidação das terras possuídas, a lei estabeleceu que:

“1 – as sesmarias e as posses mansas e pacíficas dos primeiros ocupantes seriam revalidadas, se estas estivessem cultivadas ou com princípio de cultura; 2 – as terras adquiridas por posses, sesmarias ou outras concessões deveriam ser demarcadas num prazo a ser estipulado; 3 – os possuidores que deixassem de proceder à medição teriam suas terras caídas em comisso, conservando apenas a posse da área cultivada; 4 – a obrigatoriedade dos possuidores de tirar títulos de suas terras; 5 – e a organização por freguesia, do registro paroquial de terras possuídas.”⁵⁹

Com a revalidação das sesmarias, restou protegido os grandes latifúndios, fazendo com que em muitos conflitos fundiários, até hoje, a carta de sesmaria foi e tem sido utilizada para construir um ponto zero na ocupação territorial da área em disputa. Ao lançar mão de um

⁵⁸ MACHADO ; MOTA. Op. Cit, nota 57, p. 260.

⁵⁹ Ibidem.

documento tão antigo, uma das partes (ou as duas) chama a história como testemunha e consagra, ao menos aos olhos da lei, a legalidade da ocupação.⁶⁰

A mencionada lei foi regulamentada pelo Decreto 1.318 de 30 de janeiro de 1854, com o objetivo de dar conta das inúmeras situações relacionadas a ocupação de terras. Este regulamento determinava que todos os possuidores deveriam registrar suas terras se utilizando dos registros paroquiais de terra. Para sistematizar e organizar a posse das terras públicas, o governo imperial criou a Repartição Geral das Terras Públicas que era subordinada ao Ministério da Agricultura do Império. Nas províncias foi criado o cargo de juiz comissário de medição e a Repartição Especial das Terras Públicas. A função deste juiz era autorizar as medições e as demarcações das terras já registradas nas paróquias.⁶¹

Essas repartições foram extintas em 1861 quando foi criado o Ministério de Agricultura, Comércio e Obras. Em 1874, cria-se uma comissão do Registro Geral e de estatística das Terras Públicas, que pouco fez e em 1876 foi criada a Inspetoria de Terras e Colonização, que perdurou até o final do Império.

A Lei acabou por determinar novos valores a posse da terra, criando impedimento para o acesso à esta por outro meio que não seja a compra. Apenas após a Proclamação da República é que a lei de terras foi revista. É importante frisar que somente os homens livres e brancos podiam ser proprietários de terras, determinando, portanto, a lei que as populações que já não tinham acesso ficassem totalmente excluídas de qualquer possibilidade de direitos.⁶²

A legislação cujo o tema era a regularização do solo ou a urbanização passou a ter maior impulso com a metropolização.

O Brasil experimentou o processo de metropolização ocorrida em países como a Inglaterra, Alemanha, França e Estados Unidos, o que ocasionou conflitos urbanos decorrentes da necessidade de instalações de indústrias e construção de áreas residenciais para os trabalhadores. Aliada a toda esta transformação, devia ser somada a alteração no sistema de

⁶⁰ MOTTA, Márcia Maria Mendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão de conflitos, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 263.

⁶¹ CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra. *Revista Eletrônica Histórica*, [s.l], n. 2, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁶² Pode-se afirmar que as comunidade quilombolas que hoje buscam regularização fundiária são resultado desta impossibilidade de aquisição afirmada pela Lei de Terras.

transporte, instalação de saneamento, construção de áreas de lazer e de manutenção de serviços públicos.

As primeiras reformas urbanísticas, na passagem do século XIX para o XX, tiveram como questão principal a melhoria do complexo agro-exportador, tendo, neste primeiro momento, a atenção voltada para a manutenção dos portos brasileiros.

Toda a legislação urbanística no Brasil teve por fundamento o Código de Posturas de origem colonial; sendo apenas em 1920 que o mesmo passou a ser substituído por códigos de obras e leis de zoneamento urbano.

No entanto, o avanço das leis urbanísticas foi prejudicado sobremaneira em decorrência do conflito existente entre dois paradigmas conceituais existentes quanto à definição de direitos de propriedade, quais sejam, a visão individualista do Código Civil de 1916 e o princípio da função social da propriedade introduzido pela Constituição Federal de 1934. Pelo Código de 1916, o direito de propriedade era concebido pelo individualismo típico do liberalismo jurídico clássico, e pela Constituição Federal de 1934, não era devidamente definido o alcance da introduzida função social.⁶³

No final da década de 30 do Século XX o parcelamento do solo urbano passou a ser disciplinado por meio de legislação federal. O Decreto Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937 e o Decreto nº 3.079, de 15 de setembro de 1938, passaram a exigir dos loteadores obrigações referente a infra-estrutura e projeto de parcelamento do solo, dispor de regras contratuais sobre a compra de terrenos mediante pagamentos em prestações - não tiveram eficácia para conter a proliferação de loteamentos populares sem condições de habitação adequadas.⁶⁴

Pode-se afirmar que a modernização da legislação urbanística iniciou-se no final do século XX, quando da criação de autorizações específicas para a realização de obras por parte de empresas privadas. Um bom exemplo ocorrido foi a concessão de uso durante noventa anos para operar a Companhia Docas de Santos, com a realização de melhorias na cidade que indiretamente beneficiavam o porto.

A referida modernização buscava transferir o foco da legislação urbana do controle do uso do solo para a possibilidade de gerir o processo de produção industrial e os conflitos

⁶³ FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 20

⁶⁴ SAULE JR., Nelson. *O Direito à Cidade e a Revisão da Lei de Parcelamento do Solo Urbano*. Disponível em: <http://www.ibdu.org.br/imagens/O_DIREIT.PDF>. Acesso em: 20 dez. 2011.

destes decorrentes, com o atendimento de todas as demandas, como manutenção de sistema de transporte, infra-estrutura, saneamento, etc.

Em 1964 foi promulgado o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), no entanto, em vez de dividir a propriedade, porém, o capitalismo impulsionado pelo regime militar brasileiro (1964-1984) promoveu a modernização do latifúndio, por meio do crédito rural fortemente subsidiado e abundante. O dinheiro farto e barato, aliado ao estímulo à cultura da soja - para gerar grandes excedentes exportáveis - propiciou a incorporação das pequenas propriedades rurais pelas médias e grandes: a soja exigia maiores propriedades e o crédito facilitava a aquisição de terra. Assim, quanto mais terra tivesse o proprietário, mais crédito recebia e mais terra podia comprar.⁶⁵

Nesse período, toda a economia brasileira cresceu com vigor - eram os tempos do "milagre brasileiro" -, o país urbanizou-se e industrializou-se em alta velocidade, sem ter que democratizar a posse da terra, nem precisar do mercado interno rural. O projeto de reforma agrária foi esquecido e a herança da concentração da terra e da renda permaneceu intocada. O Brasil chega às portas do século 21 sem ter resolvido um problema com raízes no século 16.⁶⁶

A década de 1970 trouxe a atualização da legislação urbanística através de um ato institucional e posteriormente com a produção de leis como a de zoneamento industrial (Lei nº 1817/78) e parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/1979). Esta última foi criada na tentativa de reverter a situação de deterioração das áreas urbanas.

A Lei nº 6.766/79 fixa os índices urbanísticos para a aprovação de parcelamentos urbanos em todo o território nacional. O parcelador deverá primeiramente aprovar a planta de parcelamento na Prefeitura Municipal (arts. 12/17) para posteriormente registrá-lo (arts. 18/24). O depósito do modelo de contrato, no Cartório de Registro de Imóveis, continuou obrigatório (arts. 25/36). A venda de lotes de parcelamento não registrado restou proibida (art. 37) e a conduta criminalizada (arts. 50/51). Vale observar que, na hipótese de parcelamento de solo dentro de área metropolitana, região de mananciais, ou se a gleba a ser parcelada perfizer mais de 10 milhões de metros quadrados, antes do registro, o loteamento deverá ser aprovado pela instância designada em lei estadual (art. 13). O grande benefício trazido pela lei do parcelamento do solo urbano, foi reconhecer a competência dos Municípios para

⁶⁵ BRASIL. Reforma Agrária: um compromisso de todos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/REFAGR3.HTM>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁶⁶ SAULE JR., Op. Cit., nota 64.

regularizarem os parcelamentos feitos ilegalmente dentro de seus territórios (arts. 40/41). E, ainda, trouxe a possibilidade de parcelamentos especiais para a população de baixa renda (art. 4º, II, *in fine*).⁶⁷

Já na década de 1980 a realidade demonstrou a necessidade de introduzir instrumentos urbanísticos, principalmente para regular a especulação imobiliária, e instituir uma organização para as cidades, já que os instrumentos anteriores não haviam atendido as demandas sociais, principalmente decorrentes dos altos custos de infra-estrutura urbana.

Somente em 1988, com a convocação da Assembleia Constituinte a política urbana passou a ser foco de discussão ampliado, principalmente as pressões políticas decorrentes do setor imobiliário.

Ao final de sua discussão do Capítulo concernente a Política Urbana foi determinado que o plano diretor seria o principal instrumento de definição da função social da cidade. Porém, o artigo 182 da Constituição Federal exigiu que sua regulamentação fosse feita através de um projeto de lei.

O primeiro projeto de lei posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 foi de autoria do deputado Raul Ferraz, tendo natureza de projeto substitutiva, já que anteriormente à Constituição Federal vigente existiu o projeto de lei n.º 775/1983, sob a vigência da Carta Magna de 1967.

O projeto de autoria de Raul Ferraz, de numeração 2.191/1989, demonstrou adequação quanto às normas constitucionais, principalmente concernentes ao plano diretor. O referido projeto trouxe inovação quando propôs que nos Municípios com população inferior a vinte mil habitantes, e que constitucionalmente não estavam obrigados a elaborar um plano diretor, deveriam elaborar sua legislação urbanística contendo, no mínimo, a proposta de estrutura urbana, os limites de área urbana e de expansão urbana, com indicação das áreas preferenciais de urbanização, e as diretrizes de uso e ocupação do solo.⁶⁸

Posteriormente, com inovações diversas e atendendo às competências dos entes federados em matéria urbanística, foi elaborado o projeto criado em 1990 tendo recebido a numeração 5.788, de autoria do Senador Pompeu de Souza. Devido a sua longa tramitação, de mais de dez anos, recebeu inúmeros substitutivos decorrentes de discussões travadas nas

⁶⁷ Ibidem, p.74.

⁶⁸ MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 36-37.

Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados, originando a aprovação da Lei nº 10.257/2001, denominada “O Estatuto da Cidade”.

Deve ser explicitado, que a Constituição Federal de 1988 pôs fim as controvérsias doutrinárias que insistiam em permanecer e que conseqüentemente, freavam o avanço da legislação urbanística. A Carta vigente além de determinar como ramo autônomo o Direito Urbanístico, realizou a distribuição de competências legislativas enfatizando a atuação do ente municipal.⁶⁹

No entanto, o maior avanço trazido pela Constituição Federal de 1988 foi a reinserção da função social da propriedade e sua conseqüente definição, sendo fator fundamental para a determinação dos direitos de propriedade imobiliária urbana e da ação do Estado na condução do processo de desenvolvimento urbano.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 4º, elenca um rol exemplificativo de instrumentos disponibilizados ao Poder Público, que tem por escopo organizar os espaços habitáveis e garantir o atendimento à função social da propriedade e da cidade, evidenciando a intervenção urbanística.

Inobstante o entendimento doutrinário, segundo o qual os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade contêm positividade e eficácia plena, perante o Poder Judiciário prepondera uma opinião legalista, substanciada na necessidade da subsunção do princípio em normas legais específicas, para a efetiva aplicabilidade desse.

O princípio da função social da propriedade é o conceito que afere coesão e funcionalidade ao conjunto de atos normativos e administrativos que objetivam a adequada constituição dos ambientes habitáveis.

A função social da propriedade consiste na utilização plena do bem, na otimização ou na tendência de otimizar “os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradição com estes mesmos propósitos de proveito coletivo”.⁷⁰

A Constituição Federal de 1988 estabelece como competência da União a edição de normas gerais de direito urbanístico, condicionando a ação do Poder Público Municipal, no que se refere ao princípio da função social da propriedade, à promulgação de lei ordinária federal que licencie sua imposição. Entretanto, a lei federal - Estatuto da Cidade - não pode

⁶⁹ FERNANDES . Op. Cit., nota 3, p. 21.

⁷⁰ OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 61.

restringir a atribuição outorgada pela Constituição, art. 30, I, e, VIII, não sujeitando o Município a atuação legiferante, tendo a lei federal apenas o condão de descrever alguns instrumentos de política urbana, corroborando para a padronização da nomenclatura e para a uniformização de sua aplicação.⁷¹

O art. 4º, § 1º do Estatuto da Cidade é conciso ao dispor que os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, devendo-se observar o disposto nesta Lei, apresentando instrumentos eficazes, de notável relevância social, assegurando a eficácia do objetivo expressado no art. 182 da Constituição Federal.⁷²

O Plano Diretor é o instrumento de política urbana municipal hábil a alcançar o objetivo fundamental do Estatuto da Cidade, no sentido de dar concreção ao cumprimento da função social da propriedade através do implemento do planejamento de recursos urbanísticos.

A concepção de Plano Diretor, como ferramenta urbanística, antepõe-se a existência de uma norma geral instituidora das diretrizes necessárias à execução da política urbana.

Inicialmente, indagava-se qual seria o correto instrumento para a edição de um Plano Diretor. Todavia, tal hesitação foi ultrapassada, eis que a Constituição Federal expressamente previu em seu art. 182, § 1º, como competência do Poder Legislativo sua aprovação, sendo, portanto, lei.⁷³

Além da mencionada previsão constitucional, outros elementos estão vinculados pela Carta Maior como indispensáveis à composição do conceito de Plano Diretor, quais sejam: o fato de ser um “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, a obrigatoriedade para cidades com população excedente a vinte mil habitantes, e, a capacidade de balizar as áreas suscetíveis de cominação de encargos urbanísticos ao proprietário de “solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado”.⁷⁴

Muito embora haja presciência constitucional referente ao tema, durante um lapso temporal manteve-se um espaço para acepções normativas mais precisas, anteriores a atuação pormenorizada do legislador municipal na composição do Plano Diretor. Contudo, tal lacuna foi superada com a edição da legislação federal, denominada “Estatuto da Cidade”.

⁷¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 311.

⁷² OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 62.

⁷³ OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 77.

⁷⁴ DALLARI. Op. Cit., nota 71, p. 309.

O Estatuto da Cidade aditou elementos essenciais ao conceito jurídico de Plano Diretor: o eleger como instrumento jurídico azado para categorizar e fundir o sentido de função social da propriedade urbana, ao exprimir em seu art. 39 que a propriedade urbana alcança o cumprimento de sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor; programou sua determinação como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, pré-estabelecido pela Constituição em seu art. 182, § 1º, sendo reiterado pelo art. 40 do Estatuto da Cidade, o qual forneceu viabilidade prática; atrelou a efetivação dos instrumentos de implementação de uma política urbana à presença de um Plano Diretor, como por exemplo, o direito de preempção (art. 25, § 1º), a outorga onerosa do direito de construir (arts. 28 e 29), as operações urbanas consorciadas (art. 32, caput), e, a transferência do direito de construir (art. 35, caput), condicionando os instrumentos urbanísticos definidos no Estatuto da Cidade ao prévio planejamento urbano, materializado através do Plano Diretor.⁷⁵

O Plano Diretor foi expressamente incluído como instrumento de implementação de política urbana sob o prisma da planificação geral a ser obedecida pelo Município, diante da ênfase institucional que lhe foi conferida. Sua aplicabilidade justifica-se através do seu caráter cogente, mediante a atuação do Poder Público Municipal, possibilitando a constituição de políticas de investimentos, estabelecida no Estatuto da Cidade à imprescindível introjeção das suas normas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, conforme disposto no art. 40, § 1º. Ademais, mesmo que não houvesse uma previsão expressa no Estatuto da Cidade, esta seria uma implicação lógica, pois para que o Poder Público atue utilizando-se de recursos públicos, ainda que previstos no Plano Diretor, é necessário para ser efetivada, a expressa previsão orçamentária.⁷⁶

No âmbito da abrangência, o Estatuto da Cidade determinou que o Plano Diretor englobaria “o território do Município como um todo”, art. 40, § 2º, devendo ser ratificado que a competência deve ser exercida nos limites de atuação do legislador municipal, o qual deve ater-se a aspectos urbanísticos, inclusive quando referir-se à áreas rurais que integram o Município, sob pena de usurpar a competência legislativa exclusiva da União.

⁷⁵ RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 207.

⁷⁶ BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112.

No que tange à obrigatoriedade de sua edição a Constituição Federal previu em seu art. 182, § 1º, a imposição para as cidades com número de habitantes excedentes a vinte mil. Contudo, esta regra foi ampliada pelo Estatuto da Cidade, fixando a obrigatoriedade também para as cidades que integram as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, art. 41, II; cidades onde o Poder Público Municipal tenha a pretensão de empregar os instrumentos previstos no art. 182, § 4º da Constituição Federal, art. 41, III; cidades inseridas nas áreas de especial interesse turístico, art. 41, IV; e as cidades integrantes da área de influência de empreendimentos ou atividades com expressivo impacto ambiental de caráter regional ou nacional, art. 41, V, Estatuto da Cidade.⁷⁷

O art. 50 do Estatuto da Cidade preconizou que os Municípios que não estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do art. 41 da Lei 10.257/2001, que não possuam Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor da referida Lei, deverão aprová-lo no prazo de cinco anos. Desta forma, conclui-se que as cidades previstas nos incisos I e II, do art. 41 receberam o prazo de cinco anos para sua edição e efetivação, e as inseridas nos incisos III, IV e V, do art. 41 devem editar o Plano Diretor imediatamente a condição antevista em lei se efetue.

Uma vez fixado o caráter impositivo ao Plano Diretor para determinadas cidades, sua não edição, sob as condições previstas no próprio Estatuto, implica aos infratores sanções ordinárias estabelecidas nos regimes jurídicos funcionais aplicáveis às autoridades responsáveis, caracterizando o descumprimento de uma obrigação funcional legalmente constituída.⁷⁸

Importante destacar que, sob o aspecto institucional, a omissão na elaboração do Plano Diretor origina a privação do Município na possibilidade de utilização dos novos instrumentos urbanísticos disponibilizados pelo Estatuto da Cidade. A inexistência de Plano Diretor impossibilita o Município de exigir do proprietário a efetivação da função social da propriedade, uma vez que é sua competência, como lei introdutória de normas básicas de planejamento urbano, mapear a cidade e recomendar o campo de cumprimento do princípio da função social da propriedade, através da materialização e da aderência dos projetos para a realidade urbana idealizados.

⁷⁷

DALLARI. Op. cit, nota 71, p. 313.

⁷⁸

BONIZZATO. Op. Cit, nota 76, p. 112.

Salutar que, como mecanismo básico da política de expansão urbana, o Plano Diretor pode fixar as orientações basilares sobre os assuntos de pertinência municipal referentes ao urbanismo. Nesta concepção estão introduzidos o poder e o dever de apresentar o planejamento de utilização dos instrumentos da política urbana predispostos aos Municípios, art. 4º do Estatuto da Cidade, obedecendo-se, entretanto, o limite inerente a qualquer planejamento, não podendo conjeturar especificidades característicos de normas de elaboração e execução. Destarte, inexistente conteúdo relacionado ao planejamento urbano que não tenha sido abordado na esfera de alcance do Plano Diretor.⁷⁹

O art. 4º do Estatuto da Cidade elenca os instrumentos jurídicos de política urbana. Trata-se de um rol heterogêneo, o qual considera instrumentos preexistentes, clássicos, de utilização já sedimentada, juntamente com outros inseridos no sistema jurídico pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Cidade ou, ainda, em atuais modificações de antigas leis.

Os instrumentos de política urbana enumerados no mencionado artigo, em sua totalidade afetam o direito de propriedade, em diversificados graus de amplitude; e os instrumentos de intervenção na propriedade privada que são ratificados pela utilização habitual, apresentaram um fortalecimento com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Cidade.⁸⁰

A Constituição Federal resguarda o direito à propriedade, condicionando sua plenitude ao cumprimento da sua função social. “De acordo com a formulação constitucional, o sistema jurídico brasileiro somente consagra, comporta e ampara o direito de propriedade enquanto e na medida em que ele estiver cumprindo uma função social”.⁸¹ A dificuldade é constatar quando a função social é ou não atendida. “Essa concepção do direito de propriedade abre imensas possibilidades para a Administração Pública no tocante a uma atuação eficiente em matéria de disciplina do uso e ocupação do solo urbano”.⁸²

O princípio da função social da propriedade, não obstante o texto constitucional tenha aberto a potencialidade de determinação pelo legislador ordinário, não possui a aplicabilidade almejada devido à ausência da significação expressa do instituto “função social”.

⁷⁹ OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 79.

⁸⁰ DALLARI. Op. Cit., nota 71, p. 80.

⁸¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 37.

⁸² *Ibidem*.

No Brasil é majoritário o entendimento da necessidade de determinação legislativa acerca do conceito de “função social da propriedade”. O antigo questionamento consistente em resolver, quando, como, e em que condições uma propriedade predial urbana exerce sua função social, foi parcialmente elidida pelo art.182, § 2º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que a propriedade urbana desempenha sua função social quando cumpre às exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no Plano Diretor.

Hodiernamente, o direito de propriedade no Brasil é percebido como ferramenta de afirmação de inúmeras prerrogativas do proprietário. Aplicando-se efetivamente o princípio da função social da propriedade tornar-se-á viável a fixação dos deveres inerentes ao detentor da propriedade, bem como, o dever de utilizar a propriedade imobiliária urbana em prol do coletivo.⁸³

Os institutos jurídicos e políticos tais como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana, IPTU progressivo no tempo e a desapropriação tem por intento obter comportamentos e ações positivas no sentido de dar concretude à função social da propriedade, e não simplesmente impedir atuações dos proprietários nocivas aos interesses coletivos.

O art. 182, § 4º da Constituição Federal de 1988, anteriormente à edição do Estatuto da Cidade, permitia a exegese consistente em facultar ao Poder Público Municipal de utilizar-se dos instrumentos jurídicos de política urbana nele descritos como meio de sanção aplicável em caso de inadequado aproveitamento do solo urbano. Todavia, o Estatuto da Cidade adotou entendimento distinto para o art. 182, § 4º, da Constituição da República, inadmitindo a atuação do Poder Público Municipal no sentido de parcelar ou edificar propriamente em terreno de outrem, cabendo apenas o ressarcimento ulterior das despesas realizadas.

O Estatuto da Cidade viabilizou o atendimento da norma constitucional estabelecendo que: a lei de esfera municipal específica para áreas inclusas no Plano Diretor deve exigir que o proprietário dê adequada utilização à propriedade urbana. A função da lei municipal é determinar as condições e os prazos para efetivação da obrigação de fazer. O proprietário de extensões urbanas que não dê cumprimento à função social é notificado com o objetivo de que ele próprio parcele o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. No caso do

⁸³ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 76.

descumprimento da obrigação, o proprietário está sujeito ao pagamento de IPTU progressivo no tempo e, após determinado lapso temporal à desapropriação.⁸⁴

Como advento do Estatuto da Cidade, o art. 184 da Carta Maior passou interpretado da seguinte forma: caso o Poder Público Municipal queira fazer valer sua prerrogativa constitucional de impor ao proprietário a obrigação para que ele dê o apropriado emprego à sua propriedade urbana, sob pena de sanção, ele deve elaborar Plano Diretor e editar “lei específica” que estabeleça as condições e o prazo para o cumprimento dessas obrigações. Após a notificação, o proprietário tem o dever de utilizar adequadamente sua propriedade. Caso nada faça, o Poder Público pode impor-lhe sanção pecuniária consistente no pagamento de IPTU progressivo, pelo descumprimento da obrigação de adequada utilização. Decorrido novo lapso temporal sem que o proprietário aplique a adequação do uso de sua propriedade aos fins do Plano Diretor, o Poder Público pode impor-lhe nova sanção - e, desta vez, o Poder Público Municipal está apto a executar a desapropriação do imóvel.⁸⁵

Neste sentido, correta a definição de IPTU progressivo e desapropriação como modalidades de sanção, devendo-se analisar os art. 5º do Estatuto da Cidade, posto que representam a baliza do novo contorno da propriedade urbana.

No que pertine ao procedimento a ser adotado, o art. 5º, § 2º do Estatuto da Cidade foi enfático ao dispor que o proprietário deverá ser previamente notificado pelo Poder Executivo Municipal, a fim de que parcele, edifique ou utilize o solo urbano, ressaltando-se que tal notificação deve ser averbada em cartório de registro de imóveis, objetivando sua caracterização como uma obrigação exigível perante terceiros.

O § 3º do referido artigo estatutário, determina as formas de realização das notificações: por meio de funcionário do órgão competente do Poder Público Municipal, e, através de edital quando por três vezes restar-se infrutífera a hipótese anteriormente descrita.

O disposto no § 4º, do mesmo artigo estabelece limites que deverão ser obedecidos pela Lei Municipal impondo prazos mínimos, aos quais quando inferiores a estes, não haverá que se cogitar a imposição das obrigações previstas no caput do art. 5º.⁸⁶

⁸⁴ DALLARI. Op. Cit., nota 71, p. 91.

⁸⁵ OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 122.

⁸⁶ BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 127.

Destarte, será com fundamento neste instrumento de política urbana que poderá se legitimar o solene esgotamento da perpetuidade, não se olvidando das sanções aplicáveis a assegurar a eficácia de sua existência.

Constata-se que o Estatuto da Cidade, em simultaneidade com a Constituição Federal, aspirou criar mecanismos eficazes para a pugna à especulação imobiliária, instituindo condições benévolas e concessivas aos municípios de editarem normas e de executarem medidas em proficuidade dos objetivos por aquelas designados, tendo como intento precípua reduzir as desigualdades sociais e encontrar o efetivo desenvolvimento urbano e sustentável das cidades.⁸⁷

A inovadora compreensão de propriedade e de cidade contribui para a superação da perpetuidade como característica intrínseca e absoluta do bem imóvel urbano.

Em conformidade com as formas de intervenção Estatal na propriedade urbana destacadas anteriormente, o art.182, § 4º da Lei Maior determinou um rol de instrumentos para que sejam aplicados sucessivamente, até a utilização do imóvel por seu proprietário ou, em hipótese derradeira, a desapropriação do imóvel pelo Poder Público Municipal, com o objetivo de que se produza um adequado aproveitamento do solo urbano e de que se consolide a função social da propriedade. Deste modo, não efetivado o previsto no art. 5º do Estatuto da Cidade, o proprietário inobediente estará subordinado à sujeição ao IPTU progressivo no tempo.

Outrossim, faz-se imperiosa uma análise prévia no que concerne a natureza jurídica do imposto acima descrito.

Significativa parcela da doutrina jurídico-tributária brasileira entende que o IPTU descrito no art. 182, § 4º da Constituição Federal, e no art. 7º do Estatuto da Cidade não contém caráter fiscal, possuindo conteúdo eminentemente extra fiscal, posto que o ordenamento jurídico pátrio estabelece como forma sancionatória ao proprietário que não edifica, não parcela ou não utiliza sua propriedade urbana, afastando a originária finalidade de arrecadação de capital para o Erário.⁸⁸

⁸⁷ RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 321.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara). Civil IPTU. Progressividade ou Proporcionalidade. Taxa de Iluminação Pública (TIP). Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública (TCLLP). I) Ilegitimidade ativa. Não configuração. II) Prescrição dos exercícios de 1995 e anteriores. Termo inicial em janeiro do exercício seguinte ao do ano de referência. Prazo quinquenal. Ação ajuizada em 2000. Prescrição ocorrida somente me face dos anos de 1994 e 1993. Imprescritível é a possibilidade de se alegar, a qualquer tempo, a inconstitucionalidade de uma lei, porém, tendo havido

Ricardo Lobo Torres ensina ser possível a progressividade do IPTU no tempo quando: “[...] alternativa e sucessivamente, por motivos extrafiscais, quando o contribuinte descumprir exigência feita pelo poder Público municipal quanto ao adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado [...]”.⁸⁹

Assim, a progressividade do IPTU anseia veementemente atingir, a socialização do direito de propriedade, de acordo com o disposto na Carta Maior.

Com efeito, o art. 7º do Estatuto da Cidade prescreve que, em caso de descumprimento do previsto no art. 5º, caput e § 5º, do mesmo diploma legal, o Município deve aplicar o IPTU progressivo no tempo mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos.

O art. 7º, § 1º da Lei nº. 10.257/2001 determina que o valor da alíquota a ser anualmente infligida deve ser fixada em lei municipal, conforme descrição do caput do art.5º do Estatuto da Cidade. Ademais, deve-se frisar que tal alíquota não pode ultrapassar o dobro do valor estipulado no ano precedente, não podendo exceder a alíquota máxima de 15 % (quinze por cento).⁹⁰

A injunção desta norma punitiva pode implicar em uma contumácia do proprietário de imóvel urbano em não edificar, não utilizar ou subutilizar o referido o imóvel, razão pelo qual o art. 7º, § 2º do Estatuto disciplina que, quando uma dessas hipóteses ocorrer deverá ser mantida, posteriormente aos cinco anos, a alíquota máxima na cobrança do IPTU progressivo. Entretanto, a aludida incidência da alíquota máxima após os cinco anos, e as cobranças pelo exíguo lapso de um ano, da alíquota de 15%, têm sido questionadas por discernir do previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, eis que o texto do referido artigo veda a utilização de tributos com efeito de confisco por pessoas de direito público que integram a Administração Pública Direta.

Em análise, verifica-se que a imposição da alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o valor do imóvel pelo Poder Público, e sua manutenção por tempo indeterminado configuram tributação com fins de confisco, devendo-se salientar que a cobrança de tributo não

pagamento, sua restituição deverá respeitar o prazo prescricional de 5 anos, nos termos do artigo 168 do CTN. APELAÇÃO CÍVEL nº. 2006.001.01355. Relator: Desembargador Fernando Cabral. Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2007.

⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 397.

⁹⁰ DALLARI. Op. Cit., nota 71, p. 101.

caracteriza a sanção, pois esta é prerrogativa municipal, o caráter sancionatório consiste na progressividade da cobrança desse imposto.

De qualquer maneira, o entendimento mais adequado seria o que harmonizasse a progressividade prevista no Estatuto com os dispositivos constitucionais pertinentes, a fim de evitar o acometimento de alíquota que denotasse em perda indireta da propriedade e incitasse a permanência da linha coativa prescrita nos arts. 5º ao 8º do Estatuto da Cidade, assegurando, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

Enfim, se o art.7º, § 2º do Estatuto da Cidade designa uma espécie de faculdade concedida ao Poder Público, qual seja, a de perpetrar a incidência da alíquota máxima de 15% (quinze por cento) até o cumprimento do parcelamento, edificação ou utilização do bem imóvel urbano, ou da desapropriação do referido bem conforme previsão do art. 8º do Estatuto, deve-se optar por esta segunda alternativa, adotando a linha coercitiva prevista na Carta Magna, execrando qualquer ato equiparável a um confisco. E ainda, consentir a incidência periódica da alíquota máxima, durante ano após ano, consistiria no assentimento ao Poder Público em perpetuar o ultraje à lei específica e ao Plano Diretor, concebendo o inapropriado aproveitamento do bem imóvel, gerando um obstáculo à progressão urbana adequada.⁹¹

Finalmente, o legislador brasileiro previu os institutos da isenção e da anistia tributárias, razão pela qual, analisando a natureza punitiva da progressividade do IPTU exposta no art. 182, § 4º, II, da Constituição da República, somada ao art. 7º do Estatuto da Cidade, impediu sua concessão quando da ocorrência de tributação progressiva, Seção III, do Capítulo II, do Estatuto da Cidade. Assim, em se tratando da linha coercitiva estatutária, impossível a invocação do privilégio previsto no art. 4º, IV, “c” da Lei 10.257/2001, que permite a concessão de incentivos fiscais e financeiros.⁹²

Desta forma, observando-se algumas limitações inerentes ao direito de propriedade à princípios constitucionais, procurou o legislador soluções jurídicas, aspirando impelir o proprietário a empregar sua propriedade urbana em adequação aos intentos constantes aos interesses coletivos e sociais.

Por seu turno, o instituto da desapropriação emergiu com a Carta Imperial do ano de 1824, na qual a propriedade era protegida em sua plenitude, excetuando-se a hipótese em que

⁹¹ BONIZZATO. Op. Cit., nota 86, p. 134.

⁹² OSORIO. Op. Cit., nota 43, p. 127.

o Poder Público necessitasse de propriedade privada para a fixação de bem público, havendo nesta ocasião prévia indenização referente ao valor do imóvel.⁹³

As Constituições seguintes também o mantiveram, porém, cada qual com suas especificidades.

Durante o Estado Novo brasileiro, quando vigorava a Constituição do ano de 1937, foi editado o Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, o qual regulava, e viria até os dias atuais, regulamentar o instituto jurídico da desapropriação. O referido Decreto-lei trazia em seu bojo o enunciado de “lei das desapropriações”, salvo nos casos de utilidade e necessidade públicas aludidas no art. 590 do antigo Código Civil.⁹⁴

A Constituição Federal tutela o direito de propriedade, art.5º, XXII absorvendo como diretrizes os incisos XXIII e XXIV do mesmo dispositivo, que conectados a outras regras determinam o contorno constitucional do direito de propriedade.

Uma vez procedida essa lacônica análise histórica, faz-se imprescindível definir o instituto em propalação. Trata-se de um procedimento administrativo que consiste no fato do Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, infligir ao proprietário a perda de um bem, assegurando a substituição em seu patrimônio por uma indenização justa.⁹⁵

A Constituição Federal, art. 182, § 4º, III e o Estatuto da Cidade, art.8º, ao instituir normas gerais sobre política urbana nacional estatuem a designada desapropriação sancionatória, como epítome do Poder de Polícia exercido pelo Poder Público tendo por fito a coerente e adequada utilização da propriedade imóvel urbana.⁹⁶

O § 1º, do art. 8º da Lei 10.257/2001 é conexo à presciência constitucional, e proclama a necessidade de aprovação prévia pelo Senado Federal dos títulos da dívida pública, devendo ser executados no prazo máximo de dez anos, em cotas anuais, idênticas e contínuas, respeitando-se o real valor indenizatório e os juros legais no valor de 6% ao ano, conforme o § 2º do mesmo diploma legal, ressaltando-se que o § 3º do artigo em comento, declara a impossibilidade de utilização dos títulos da dívida pública para o pagamento de tributos.

⁹³ DALLARI. Op. Cit., nota 71, p. 118.

⁹⁴ BONIZZATO. Op. Cit., nota 86, p. 135.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 170.

⁹⁶ CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 43.

O art.8º, § 4º do Estatuto da Cidade inflige ao Município à ajustada aplicação do bem desapropriado no prazo de até cinco anos a contar da cooptação do imóvel ao patrimônio público, e o § 5º conclui definindo as formas pelas quais o Ente Público proverá ao apropriado emprego do imóvel.

A desapropriação urbanística não consiste na permuta da condição do bem, passando de particular a integrar o patrimônio público. É instrumento que tem por fim a adequada utilização do bem, sendo empregado como forma de sanção extrema ao proprietário pertinaz. Sua aplicabilidade contígua como instrumento de política urbana está diretamente atrelada a uma intimidação, e não ao seu aproveitamento propriamente dito, causando ao proprietário diante da possibilidade de perda a buscar a consentânea função social de sua propriedade.⁹⁷

No entanto, anteriormente a edição do Estatuto da Cidade, foi editada a Lei nº 9.785 de 29 de janeiro de 1999, que fez alterações na Lei nº 6.766/79, com o objetivo de constituir instrumentos voltados à proteção do direito à moradia, mediante a proteção da segurança da posse da população moradora de assentamentos urbanos informais (conjuntos habitacionais e loteamentos populares destinados à população de baixa renda).

Segundo Cacilda Lopes, em sua dissertação sobre as legislações de parcelamento do solo urbano, pode-se dizer sobre as modificações feitas na Lei nº 6.766/79 pela Lei nº 9.785/99:

“(…) Constatamos que as alterações introduzidas pela Lei n. 9.785/99 na Lei n. 6.766/79, no tocante à flexibilização das normas quando o Estado promover empreendimentos imobiliários, tiveram como intuito minimizar a ausência, por longos anos, de investimentos em programas habitacionais. Isso em um quadro de profundas mudanças econômicas, que ocasiona o aumento de pessoas que não conseguem obter, mesmo com o trabalho, a garantia de habitação digna. O Estado, ao perceber que o modelo de acesso à terra no Brasil privilegia apenas determinadas classes sociais, o que não conseguiu atender a uma classe numerosa de miseráveis, promove alterações na legislação, instituindo um modelo dual de acesso a lotes: um para os pobres e outro para a classe média, já reproduzido em outros momentos da História. Uma legislação de parcelamento do solo que exclui determinadas classes sociais do acesso legal à terra causa grande impacto na produção dos espaços urbanos. A parcela da sociedade que não consegue obter habitação pelo modo tradicional de aquisição de lotes fica sujeita a outras formas de apropriação do espaço urbano. Dessa forma, são criados os espaços das favelas, dos cortiços, dos loteamentos clandestinos e irregulares e espaços mais privilegiados, como os loteamentos regulares, sem falar daqueles que não têm acesso a nenhuma dessas formas de moradia, vivendo em ruas, praças, marquises e viadutos.”⁹⁸

⁹⁷ BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 136.

⁹⁸ LOPES, Cacilda. *As influências das legislações de parcelamento do solo na produção dos espaços urbanos*. 2001. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

Na alteração feita pelo artigo 3º, acrescenta o § 6º no artigo 2º, institui as Zonas Habitacionais de Interesse Social (ZHIS) como instrumento de regularização fundiária. Estas zonas devem ser declaradas por lei municipal. Outro instrumento estabelecido é a zona de urbanização específica para fins de parcelamento do solo urbano. Esta zona deve ser definida pelo Plano Diretor ou por lei municipal. AS ZHIS ou as zonas de urbanização específicas podem ser instituídas também como Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS.⁹⁹

Conforme afirma Nelson Saule Jr.:

“os conjuntos habitacionais executados pelo Poder Público que apresentem irregularidades com relação ao parcelamento, uso e ocupação do solo são considerados passíveis de regularização fundiária, tanto no aspecto urbanístico, como no aspecto jurídico; englobando a regularização do empreendimento no Cartório de Registro de Imóveis. Para as ações e intervenções destinadas à regularização dos loteamentos, não será exigível documentação que não seja a mínima necessária e indispensável aos registros nos cartórios competentes, vedadas as exigências e as sanções pertinentes aos particulares; especialmente, aquelas que visem a garantir a realização de obras e serviço, ou que visem a prevenir questões de domínio de glebas, que se presumirão asseguradas pelo Poder público responsável nos termos do parágrafo único do artigo 53-A.”

No entanto, apesar da possibilidade de regularização no aspecto urbanístico, a norma acabou por isentar o Poder Público de implantar a infraestrutura e os equipamentos urbanos no conjunto habitacional, apesar de dever ser encarado como algo obrigatório, visando o respeito ao direito à moradia.

Além da lei nº 6.766/79, também foram alteradas a lei de registros públicos (Lei nº 6015/73) e a lei sobre desapropriações de interesse público (Decreto-lei nº 3365/41).

2.2.2 A evolução da legitimação da posse e a regularização fundiária em áreas urbanas

O instituto da legitimação de posse teve seu primeiro momento no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei de Terras, analisada anteriormente, na qual deixou de lado o

⁹⁹ SAULE JR, Nelson. Op. Cit. nota 64, p.6.

regime de aquisição por meio da posse para a obrigatoriedade do acesso da terra por meio da compra. Era, portanto, legítimo possuidor aquele que possuía a titulação dominial.

Neste primeiro momento, a Lei de Terras determinou a obrigatoriedade de cobrir com o manto da legalidade as posses existentes, realizando uma primeira “regularização fundiária”, buscando trazer aquele que se encontra em situação precária, instável, anormal e irregular em sua relação com a terra, para o mundo da certeza, previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico, o que se processou através da titulação como proprietário ou, na pior das hipóteses, como detentor de um direito real derivado na propriedade.¹⁰⁰

Com a Constituição de 1891, que acabou por reproduzir o sistema federalista norte-americano, delegou-se aos Estados membros a propriedade das terras devolutas que não fossem necessárias a defesa das fronteiras externas e ao desenvolvimento nacional.

No entanto, durante a chamada “República Velha”, as terras devolutas passaram por um processo de invasão e usurpação por particulares, que se utilizavam de meios fraudulentos, como a simulação dos títulos de propriedade. Devido a esta preocupação foi editado o Decreto-lei nº 9760 de 05 de setembro de 1946, que buscou trazer a expressão legitimação de posse mais uma vez no cenário nacional, no entanto, especificamente com respeito as terras devolutas.

Porém, o instituto da legitimação de posse teve importante marco na história com a edição do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504 de 20 de novembro de 1964), bem como com a lei sobre processo discriminatório das terras devolutas (Lei nº 6383 de 07 de dezembro de 1976), que alterou o processo administrativo tradicional herdado pela Lei de Terras em um processo judicial.

As mencionadas leis estavam em consonância com as Constituições Brasileiras de 1946 e a de 1967, inclusive com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Neste momento, o instituto da legitimação da posse era tratado como procedimento preparatório da compra da terra pelo posseiro, ou seja, era uma legitimação temporária, que ao final o posseiro a adquiria por seu valor histórico, gozando de preferência legal para tanto.¹⁰¹

¹⁰⁰ MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O instituto da legitimação da posse no Direito Brasileiro: panorama atual e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art71.html>>. Acesso em: 06 jan. 2012.

¹⁰¹ Ibidem.

Deve-se salientar que a legitimação de posse é vista como um direito adquirido de quem exerce a posse em terras devolutas, conforme os atributos exigíveis desde a origem do instituto, como se extrai do art. 29 da Lei nº 6383/76:

Art. 29 - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I - não seja proprietário de imóvel rural;

II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

A Constituição de 1946 também reforçou à época a ideia de que a legitimação de posse era um dever do poder público, conforme o art. 156, §1º:

Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§ 1º - Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até vinte e cinco hectares.

Pela Lei nº 6383/76 o posseiro adquiria um direito em virtude de sua posse qualificada de bem público dominical, tendo a natureza de comodato (empréstimo gratuito de bem imóvel) e limitado pelo insuperável prazo de quatro anos, dentro do qual deverá ser exercida a preferência para compra, prevista em lei, conforme o §1º do art. 29:

§1º – A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

O mencionado parágrafo teve importante alteração com a Medida Provisória nº 458 de 2009, que passou a estabelecer que o valor mínimo para aquisição seria demonstrado em uma planilha referencial de preços, a ser periodicamente atualizada pelo INCRA, utilizando-se dos

critérios relativos à ancianidade da ocupação, às diversificações das regiões em que se situar a respectiva ocupação e à dimensão de área.

Em 2007, foi editada a Lei nº 11.481 alterando a Lei nº 9636/98 dispondo que ao fiscalizar e cadastrar os bens imóveis da União, a Secretaria do Patrimônio da União, deverá fazer a inscrição de ocupação se o ocupante efetivamente aproveita o terreno, sendo ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, e que gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação.

Deixando de lado a menção ao instituto em áreas rurais que não é o foco central deste trabalho, o mencionado instituto da legitimação de posse somente passou ser desenvolvido na legislação pátria com a Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, que será objeto do próximo capítulo.

3 A LEGITIMIDADE DA POSSE E SEUS EMPECILHOS

3.1 A posse

A análise do instituto jurídico da legitimação da posse passa primeiramente pela fixação do conceito e alcance da posse. A partir da Constituição Federal de 1988, a posse passou a ter maior efetividade para o alcance do direito à moradia.

A posse é autônoma, independente do direito de propriedade. Mas do que isto a posse é fundamental para a propriedade, conforme enumera Marcos Alcino de Azevedo Torres: “1 – para fazer nascer a propriedade, pois em princípio toda propriedade começou pela posse ou, em outras palavras, pela usucapião; 2 – para protegê-la; 3 – para valorizar a propriedade; 4 – para dar sentido à propriedade.”

Desta forma, para a compreensão do instituto jurídico da posse, se faz necessário enumerar as teorias subjetiva e objetiva que abordam o mencionado instituto.

A teoria subjetiva, formulada por Friedrich Karl von Savigny, influenciada pelo individualismo do Século XIX, conceituou posse como a união de dois elementos: o corpus e

o animus. O primeiro seria a apreensão física da coisa, enquanto o segundo a intenção de exercer o direito de propriedade, diferenciado, portanto, a posse de detenção.

Para a teoria subjetiva o animus não é propriamente a convicção de ser dono (opinio seu cogitatio domini), mas a vontade de tê-la como sua (animus domini ou animus rem sibi habendi), de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular.¹⁰²

Os dois elementos são indispensáveis, pois, se faltar o corpus, inexistente posse, e, se faltar animus, não existe posse, mas mera detenção, sendo subjetiva em decorrência deste último elemento.

Savigny procurou uma solução tangencial criando uma terceira categoria além da posse e da mera detenção, o que denominou posse derivada, reconhecida na transferência dos direitos possessórios, e não do direito de propriedade, e aplicável ao credor pignoratício, ao precatista e ao depositário de coisa litigiosa, para que pudessem conservar a coisa que lhes fora confiada.¹⁰³

Tanto o conceito de corpus como de animus sofreram mutações na própria teoria subjetiva. O primeiro, inicialmente considerado simples contato físico com a coisa, posteriormente passou a consistir na mera possibilidade de exercer esse contato, tendo sempre a coisa a sua disposição. Por seu turno, a noção de animus também evoluiu para abranger não apenas o domínio, senão também os direitos reais, sustentando-se ainda a possibilidade de posse sobre coisas incorpóreas.¹⁰⁴

Por seu turno, Rudolf von Ihering elaborou a teoria objetiva, na qual a posse era a exteriorização do direito de propriedade, embora não possam ser confundidas, sendo, portanto, autônomas, sendo a posse o poder de fato sobre a coisa e a propriedade o poder de direito sobre o bem, uma vez fundamentada em um título.

É considerada objetiva porque considera o animus já incluído no corpus e dá ênfase, na posse, ao caráter de exteriorização da propriedade. Sendo assim, para que a posse exista, basta o elemento objetivo, pois ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa.

O corpus não se resume ao contato físico com a coisa, mas sim, conduta de dono, ou seja, como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. O

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

v.5

¹⁰³ GOMES, 2004 apud FACHIN, 2004, p. 32.

¹⁰⁴ GONÇALVES. Op. Cit., nota 102, p. 51

elemento psíquico não se situa na intenção do dono, mas tão somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*).¹⁰⁵

Para Caio Mário da Silva Pereira¹⁰⁶ a diferença substancial das duas teorias pode ser assim explicitada:

(...) para a primeira, o *corpus* aliado à *affectio tenendi* gera detenção, que somente se converte em posse quando se lhes adiciona o *animus domini* (Savigny); para a segunda, o *corpus* mais a *affectio tenendi* geram pose, que se desfigura em mera detenção apenas na hipótese de um impedimento legal (Ihering).¹⁰⁷

Malgrado o prestígio de Savigny e a adoção de sua teoria nos códigos de diversos países, a teoria objetiva de Ihering revela-se a mais adequada e satisfatória, tendo, por essa razão, sido perfilhada pelo Código Civil de 1916, no art. 485, e pelo de 2002, como se depreende da definição de possuidor constante do art. 1196, que assim considera aquele que se comporta como proprietário, exercendo algum dos poderes que lhe são inerentes.¹⁰⁷

De acordo com Ihering, a posse deve ser compreendida de dois pontos de vista: como condição do nascimento de um direito e como fundamento de um direito. Na primeira hipótese, entende-se que é através da posse, em uma situação transitória e momentânea, que se adquire propriedade. Em em segundo ponto, referente à posse como fundamento de um direito, esta é entendida como o direito à proteção interdital, o *ius possessionis*.¹⁰⁸

¹⁰⁵ GONÇALVES. Op. Cit., nota 102, p. 51.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21. v. 4.

¹⁰⁷ GONÇALVES. Op. Cit., nota 102, p. 54.

¹⁰⁸ MOTA, Maurício Jorge Pereira da; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no Código Civil. In: MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino (coords.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada: o novo paradigma da propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

3.2 Função social da posse

Os estudos possessórios a partir do início do século passado trouxeram em seu bojo as alterações das estruturas sócias através da contribuição de juristas sociológicos como Silvio Perozzi, na Itália, Raymond Saleilles, na França e Antonio Hernández Gil, na Espanha.¹⁰⁹ Este último afirmou:

La función social como fin no consiste en un mero mostrar el contenido social de las instituciones jurídicas. Mientras la función social como presupuesto es el estar ahí de los fenómenos sociales, la función social como fin entraña una consideración del para qué de las instituciones jurídicas. El presupuesto social es predominantemente intrasocial. La consideración teleológica de la función social es un grado más avanzado de reflexión que se enuncia a través de un juicio de valor. En tanto la función como dato integra los dominios de la ontología y la sociología, la función como fin incluye una actitud axiológica. Vistas ambas funciones desde el plano de lo jurídico, se observa el siguiente elemento común: la tal referencia del derecho a la realidad social. Total referencia no quiere decir, sin embargo, radical adscripción o subordinación. Si es cierto, en cambio, que el derecho está al servicio de la realidad social; pero también modificando, en su caso, una realidad social dada.¹¹⁰

Essas novas teorias dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, esta última que será abordada com maior evidência. Perozzi em 1906, elaborou a “teoria social da posse”, caracterizada pelo comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato, ou seja, a abstenção de terceiros com referência à posse.

Na concepção de Perozzi os homens, alcançando certo grau de civilização, abstêm-se de intervir arbitrariamente numa coisa que aparentemente não seja livre, por encontrar-se esta em condições visíveis tais que deixa presumir que alguém pretende ter-lhe a exclusiva disponibilidade.

Afirma José Carlos Moreira Alves que por força desse costume, quem manifesta a intenção de que todos os outros se abstenham da coisa para que ele disponha dela exclusivamente, e não encontra nenhuma resistência a isso, investe-se de um poder sobre ela que se denomina posse, e que se pode definir como “a plena disposição de fato de uma coisa”.¹¹¹

¹⁰⁹ GONÇALVES. Op. Cit., nota 102, p. 56.

¹¹⁰ GIL, 1969, p.48-62 *apud* MELLO, 2008, p.62-63

¹¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. Posse. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

A noção de função de um bem significa um poder, mais especificadamente, o poder de dar ao objeto da posse destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Assim explica Teori Zavascki:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito de propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico.¹¹²

A concepção social da posse decorre do inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, na qual a propriedade deverá atender a sua função social; complementando pelas regras sobre política urbana referente à usucapião urbana e rural (arts. 183 e 191, CF/88).

O que se pretende não é um choque entre propriedade e posse, já que não ocorrerá, se a primeira estiver cumprindo sua função social, uma vez que é pela posse que se cumpre tal função. Tal hipótese seria de posse-conteúdo do direito de propriedade quando esta cumpre função social.¹¹³

A posse deverá atender a dignidade da pessoa humana, devendo ter como motivo o trabalho ou a moradia, já que nesses será possível a configuração da função social. A posse estará sempre vinculada a uma necessidade social e econômica, seja individual ou coletiva, e por isso, necessitará cumprir função social.¹¹⁴ Pode ser explicitado:

Vale dizer, este germen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida.¹¹⁵

¹¹² ZAVASCKI, , 2002, p. 844 apud MOTA; TORRES, 2009, p. 8

¹¹³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 416

¹¹⁴ ROSA, Marizélia Peglow. *A função social da posse, no Direito Brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf>. Acesso em 18 jan. 2012.

¹¹⁵ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 12.

Não existe expressa menção à função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro, porém, estará presente nos princípios constitucionais, nos interesses da sociedade e nas decisões dos tribunais,¹¹⁶ conforme a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Necessidade de se analisar não apenas o aspecto técnico-jurídico da questão, como, também, seu aspecto sócio-econômico. Para ser possível a demolição, tem o Município que assegurar à apelada outra habitação que garanta sua dignidade como pessoa humana. APELAÇÃO PROVIDA, VOTO VENCIDO. (Apelação Cível nº 70008877755, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator. Vasco Della Giustina, Julgado em 18/08/2004)

A função social da posse não se refere a uma limitação da posse, podendo ser afirmada que vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, e fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito além de amenizar as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como o valor à vida, a saúde, a igualdade, a cidadania e a justiça. Vale dizer, que a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano.¹¹⁷

Em termos legislativos é possível abordar referente aos imóveis urbanos, a presença da função social da posse no Código Civil Brasileiro de 2002 no artigo 1238, parágrafo único, que se refere à usucapião extraordinária, admitindo que o proprietário que o domínio tendo em vista os limites da função social deste imóvel, bem como no artigo 1240 referente a usucapião especial urbana que determina como requisito a moradia do requerente e de sua família.

Pode-se afirmar que a função social da posse possui como objetivo:

instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades europeias e harmonizando o instituto da

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível. Constitucional, administrativo e processual civil. Ação demolitória. Casa, em favela, construída junto à via férrea. Irregularidade. Inexistência de projeto e alvará de edificação a que se nega provimento*. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 23 jan. 2012.

¹¹⁷ ROSA. Op. Cit., nota 114, p. 6

posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais.¹¹⁸

No entanto, a primeira consagração legislativa ocorreu na Lei de Terras (Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850), que consagrou a posse como meio de aquisição da propriedade através da legitimação de posse, determinando que para esta aquisição, fosse necessária a comprovação do cultivo efetivo da terra e moradia habitual.

De acordo com o professor Marcos Alcino de Azevedo Torres:¹¹⁹

Na lei de terras o legislador protegeu sobretudo a posse com função social, em razão do reconhecimento do seu valor, não para o indivíduo como pessoa, mas também pelo interesse econômico e social da nação com a produção e o povoamento.

Em 1964, a Lei nº 4504 de 30 de novembro, denominada Estatuto da Terra, mais uma vez reforçou a ideia que somente poderia ser legitimada a posse se comprovada cultura efetiva e moradia habitual.

Por seu turno, em 1976 através da Lei nº 6383, a associação de que a posse de terras devolutas federais somente poderia vir a ser reconhecida caso tivesse cumprindo sua função social, mais uma vez estava em voga, Para seu cumprimento deveria ser comprovado entre outros requisitos a moradia permanente, a cultura efetiva e a inexistência de propriedade de outro imóvel (art. 29).

Para o professor Ricardo Lira, através da concessão do direito real de uso, previsto pelo Decreto-lei nº 271 de 28 de fevereiro de 1967, a posse foi marcada pela sua função social, para a concretização das finalidades impostas pela norma, como urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outro interesse social.¹²⁰

Somente em 2001 com a edição da Medida Provisória nº 2.220/2001, a função social da posse urbana fundamentada na moradia determinou para aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua

¹¹⁸ ALBUQUERQUE. Op. Cit., nota 115, p. 208.

¹¹⁹ TORRES. Op. Cit, nota 113, p. 345.

¹²⁰ LIRA, Ricardo Pereira. A questão urbano-ambiental. In: Conferência Nacional dos Advogados, 20., 2008, Natal. *Anais...* Natal: Conferência Nacional dos Advogados, 2008.

moradia ou de sua família, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem 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.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, garante o direito de propriedade, e no mesmo artigo 5º, XXIII, dispõe que esta deve atender à sua função social. Além disso, os artigos 1º e 6º da CF/88 tem como fundamento, dentre outros a cidadania e a dignidade da pessoa humana, assegurados pelo direito social à moradia e assistência aos desamparados. Assim, incumbe ao Poder Público a garantia do direito à moradia, que se dá, dentre outros meios, pela função social da posse.¹²¹

A função social, instituída constitucionalmente, conforme Maurício Mota e Marcos Alcino Torres, visa:

(...) a fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina, o que não gera a contraposição entre os interesses individuais e coletivos. Ao contrário, compatibiliza-os, e representa, outrossim, uma harmonização do instituto com os fins legítimos da sociedade. Se o titular do direito se mostra desidioso, não utilizando as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este produz ou possui capacidade de produzir, sujeitar-se-á às cominações legalmente estabelecidas; dentre elas, a não tutela jurídica pelo desatendimento das exigências da função social da propriedade.¹²²

Deve-se frisar que o operador do Direito deverá utilizar a função social como critério de interpretação da propriedade, afastando qualquer norma incompatível. Ensina Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:¹²³

¹²¹ MOTA; TORRES. Op. Cit, nota 108, p. 40.

¹²² Ibidem, p. 68

¹²³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O papel do judiciário na efetivação da função social da propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino (Org.) *Questões agrárias. Julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002. p. 70

Disso decorre que, se uma determinada propriedade não cumpre a função social, perde o seu título justificativo. De fato, se a função social é noção que surge exatamente na busca de uma legitimidade da propriedade privada, não seria excessivo afirmar que, em sua ausência seja retirada a tutela jurídica dominical, em situações concretas de conflito, para privilegiar a utilização do bem que, mesmo desprovido do título de propriedade, condiciona-se e atende ao interesse social.

Não é mais cabível a proteção da titularidade desfuncionalizada, uma vez que estará se privilegiando o ter, ou seja, o interesse individual em detrimento do interesse coletivo. Protege-se o egoísmo, contribui-se para uma sociedade injusta e não solidária, para a manutenção da pobreza da maioria e manutenção de obstáculos para o desenvolvimento nacional. Dito de outro modo, infringe-se a um só tempo através de uma única conduta omissiva, diversos princípios constitucionais e tal atitude não pode ser reconhecida como legítima no Estado Democrático de Direito que constitui o Brasil nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.¹²⁴

Por fim, o que se pretende quando se vincula a posse funcionalizada é a própria garantia ao direito a moradia, que como afirma o ilustre professor Ricardo Lira há de ser propiciado à massa de seres humanos sem abrigo de qualquer natureza, sem teto, vivendo ao relento, morando nas ruas, sob os viadutos, como personagens de imensa exclusão social vivendo sem a mais mínima parcela de cidadania.¹²⁵

3.3 Da previsão legislativa atual da legitimação da posse

A primeira menção legislativa importante da legitimação de posse, como analisado anteriormente, ocorreu em 1850 quando da edição da Lei nº 601 denominada Lei de Terras que se referia as terras devolutas do Império, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 1.318 de 30 de janeiro de 1854. A Lei nº 602/1850 em seus artigos 5º e 6º determina:

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e

¹²⁴ TORRES. Op. Cit., nota 113, p. 416

¹²⁵ LIRA, Ricardo Pereira. *Direito à habitação e Direito de Propriedade*. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. nº 6 e 7. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 81

morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: (...)

Art. 6º Não se haverá por principio do cultura para a revalidação das sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimas de mattos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura effectiva e morada habitual exigidas no artigo antecedente.

No entanto, a legitimação da posse teve importante marco legislativo com a edição do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504 de 20 de novembro de 1964) que legitimou o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária a promover a discriminação das terras devolutas federais, com autoridade para reconhecer as posses legítimas manifestadas através de cultura efetiva e moradia habitual, de modo a reconhecer aos posseiros como legítimos possuidores de terras devolutas federais para fins de emissão futura dos títulos de domínio, bem como para reunir no patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas.¹²⁶

Posteriormente foi editada a lei sobre processo discriminatório das terras devolutas (Lei nº 6383 de 07 de dezembro de 1976). Nesta última a legitimação da posse consistia no fornecimento de Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos, no qual ao final, o ocupante teria preferência para aquisição do lote, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada, conforme abordado no item 2.2.2 desta tese.

No entanto, atendendo a uma lacuna existente quanto a legitimidade de posse e sua consequente efetividade da regularização fundiária não apenas nos imóveis de titularidade pública mais também nos imóveis privados, recentemente foi editada a Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o programa denominado “Minha Casa, Minha Vida”. A regularização poderá abranger parte ou a totalidade de um ou mais imóveis inseridos em uma ou mais das seguintes situações, conforme o §5º do artigo 56:

- I - domínio privado com proprietários não identificados, em razão de descrições imprecisas dos registros anteriores; (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)
- II - domínio privado objeto do devido registro no registro de imóveis competente, ainda que de proprietários distintos; ou (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)
- III - domínio público. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

¹²⁶

MOTA; TORRES. Op. Cit., nota 108. p. 38.

A regularização fundiária que busque o efetivo respeito à função social da propriedade urbana e ao acesso à moradia, pode ser entendido como:

(...) processo de intervenção pública, sob os aspectos físico, jurídico e social, que objetiva a permanência das populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias e da qualidade de vida da população beneficiária.¹²⁷

Além dos Programas Nacionais de Habitação Urbana e Rural, a mencionada Lei trouxe em seu capítulo III a disposição sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos que é objeto principal desta tese. Definiu a regularização fundiária:

Art. 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 moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A grande inovação trazida pela Lei nº 11.977/09 foi a possibilidade dos imóveis tanto de domínio público como privados serem objeto de regularização através da legitimação de posse após efetivada demarcação urbanística.

O procedimento de regularização fundiária consiste primeiramente em um dos possíveis entes legitimados a sua promoção (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, beneficiários e cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, etc) confeccionarem um projeto que conste, no mínimo, os seguintes elementos:

- I – as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas;
- II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;
- III – as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;
- IV - as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; e (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
- V – as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.

¹²⁷

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito urbanístico e política urbana no Brasil: políticas de regularização fundiária, impactos e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 221.

O referido projeto, conforme o artigo 53 da Lei em análise deverá ser aprovado pelo Município. Essa aprovação no texto originário da lei determinava apenas uma análise quanto ao licenciamento ambiental e urbanístico apenas para os casos dos Municípios que possuísem conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado. E 2011 com a edição da Lei nº 12.424, se determinou com a nova redação do artigo 53, a possibilidade do Município proceder ao licenciamento urbanístico não condicionado a qualquer requisito, porém, o licenciamento ambiental continuaria condicionado à existência conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado. Para se configurar esse órgão, determina a Lei:

§ 2º Para efeito do disposto no § 1º, considera-se órgão ambiental capacitado o órgão municipal que possua em seus quadros ou à sua disposição profissionais com atribuição para análise do projeto e decisão sobre o licenciamento ambiental. (Incluído único pela Lei nº 12.424, de 2011)

Lacuna existia quanto a possibilidade do projeto abranger Unidades de de Conservação de Uso Sustentável (conforme a Lei nº 9.985/2000), o que foi sanada com a Lei nº 12.424/2011, que determinou que o projeto deverá também possuir concordância do órgão gestor da unidade. No entanto, na Áreas de Preservação Permanente, somente será admissível regularização para aquelas que foram ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que o estudo técnico aponte que a regularização implicaria na melhora das condições ambientais em relação a situação de ocupação anterior, conforme o art. 54, §1º, Lei 11.977/09 com redação dada pela Lei 12.424/11.

Existe possibilidade da regularização ser feita pelo Estado na hipótese em que o Município não for competente para proceder ao licenciamento ambiental; no entanto, continuará existindo o licenciamento urbanístico a cargo do Município, o que antes da Lei 12.424/11 não era previsto.

Caberá ao poder público a realização de obras para implantação de sistema viário e de infraestrutura básica, podendo serem realizadas mesmo antes da conclusão da regularização jurídica da situações dominiais dos imóveis.

Será possível lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação. Este auto, após a

alteração da Lei nº 12.424/11, passou a ser instruído com os seguintes documentos:, conforme o §1º do artigo 56 da Lei 11.977/09:

- I - planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, indicação dos proprietários identificados e ocorrência de situações mencionadas no inciso I do § 5º; (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
- II - planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e, quando possível, com a identificação das situações mencionadas no inciso I do § 5º; e (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
- III – certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

No entanto, devido a carência de pessoal técnico na Administração Pública, a elaboração das plantas e memorial descritivo tem sido, como no caso do Estado do Rio de Janeiro licitado, seja nas modalidades de carta convite, tomada de preço e até mesmo concorrência, dependendo do valor da licitação.¹²⁸ Neste caso, o Instituto de Terras e Cartografia do Estado do Rio de Janeiro, vinculado a Secretaria de Estado de Habitação, contrata empresa privada cujo objeto seja “prestação de serviços de regularização fundiária”, que na prática será o ponto de partida para a atuação da Administração Pública.¹²⁹

Antes do mencionado auto de demarcação ser levado ao registro de imóveis, o poder público deverá notificar os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados, para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias quanto¹³⁰:

- I - à anuência ou oposição ao procedimento, na hipótese de a área a ser demarcada abranger imóvel público; (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)
- II - aos limites definidos no auto de demarcação urbanística, na hipótese de a área a ser demarcada confrontar com imóvel público; e (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)
- III - à eventual titularidade pública da área, na hipótese de inexistência de registro anterior ou de impossibilidade de identificação dos proprietários em razão de imprecisão dos registros existentes. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

¹²⁸ Informações prestadas pelo atual gerente de regularização fundiária do ITERJ, Sr. Luiz Cláudio Vieira, na sede do ITERJ, no dia 28 de fevereiro de 2012.

¹²⁹ Exemplo de contrato foi publicado Diário Oficial do Rio de Janeiro, no dia 01 de fevereiro de 2012, cujo extrato do instrumento contratual indicava a contratação da empresa AGRAR Consultoria e Estudos Técnicos S/C Ltda, sob o nº 003/2012, visando a prestação de serviços de regularização fundiária das áreas limítrofes ao Parque Nacional da Tijuca – Alto da Boa Vista.

¹³⁰ BRASIL. *Lei Ordinária Federal* nº 11.977/09, art. 56, §2º.

Caso os órgãos responsáveis não se manifestem, será dada continuidade na demarcação, sendo encaminhado ao registro de imóveis, no qual o oficial deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias. Anteriormente à edição da Lei nº 12.424/11, a notificação poderia ser feita por edital, sem a exigência da negativa do aviso de recebimento, ou solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos, o que poderia ocasionar sérios questionamentos posteriormente.

Posteriormente, procede-se a averbação da demarcação urbanística, após análise de possíveis impugnações. Deve-se acrescentar que cabe ao oficial de registro de imóveis promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público, podendo este último alterar o auto de demarcação urbanística ou tomar outra medida buscando o consenso com o impugnante. Não havendo acordo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada.

Com a averbação do auto de demarcação urbanística, será confeccionado projeto a partir da demarcação e a submissão do parcelamento dele decorrente a registro, conforme artigo 58. Após esse registro do parcelamento, o poder público concederá, primeiramente, o título de legitimação da posse aos ocupantes cadastrados (art. 58, §1º), sendo concedido preferencialmente em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel.

No Estado do Rio de Janeiro a Corregedoria Geral da Justiça do TJRJ editou em 2009 a portaria nº 207/2009 (anexo 1), determinando que o cartório registrador deverá elaborar edital de convocação conforme minuta apresentada pelo Poder Público e oficiará a Corregedoria mencionada. Após, será a própria Corregedoria que notificará pessoalmente as pessoas que constem como proprietárias no Registro de Imóveis, nos endereços indicados no registro ou matrícula, conforme o art. 4º, §5º, da referida portaria.¹³¹

¹³¹ RIO DE JANEIRO. Portaria CGJ/TJRJ n. 207, de 23 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=>

Caso os notificados não apresentem impugnação no cartório de registro de imóveis no prazo de 15 (quinze) dias, será dado findo o processo junto a Corregedoria (art. 7º, V, Portaria CGJ/TJRJ nº 207/2009). Havendo impugnação, o registrador comunicará imediatamente a Corregedoria, que mediará a composição prevista no art. 57, §9º, da Lei nº 11.977/09, sendo chamado o Poder Público para participar da mediação.

Em 2011, devido a edição da Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, foi editada nova portaria sob o nº 26 (anexo 2) substituindo a portaria 207/09, que manteve a redação quanto a notificação e impugnações conforme a redação da portaria de 2009.¹³²

Não será concedido legitimação de posse aos ocupantes a serem realocados em razão da implementação do projeto de regularização fundiária de interesse social, devendo o poder público assegurar-lhes o direito à moradia.

Uma vez concedida e registrada a legitimação da posse, esta constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. No entanto, para receber a legitimação da posse, será necessário o morador ser cadastrado pelo poder público, além de que:

- I - não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
- II - não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
- III - (revogado).

A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo poder público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.

O registro do parcelamento resultante do projeto de regularização fundiária de interesse específico deverá ser requerido ao registro de imóveis, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6766/1979). O registro do parcelamento resultante do projeto de regularização fundiária de interesse social deverá ser requerido ao registro de imóveis, acompanhado dos seguintes documentos: certidão atualizada da matrícula do imóvel; projeto de regularização fundiária aprovado; instrumento de instituição e convenção de condomínio, se for o caso; e no

BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=&TRIPA=36^2009^207&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2009&TIPO=36&ATO=207&START=&DGCON=> . Acesso em 27 fev. 2012.

¹³² RIO DE JANEIRO. Portaria CGJ/TJRJ n. 26, de 25 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&AMB=INTRA&TRIPA=36^2011^26&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2011&TIPO=36&ATO=26&START=>>> . Acesso em 27 fev. 2012.

caso das pessoas jurídicas relacionadas no inciso II do art. 50, certidão atualizada de seus atos constitutivos que demonstrem sua legitimidade para promover a regularização fundiária.

Deve-se lembrar que a Lei nº 12.424, de 2011 acrescentou o parágrafo único ao artigo 65 da Lei nº 11977/09, determinando que o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social independe do atendimento aos requisitos constantes da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

Quando se tratar de regularização fundiária de interesse social, não poderão ser cobradas custas e emolumentos para os atos correspondentes ao “auto de demarcação” e aos registros do parcelamento, do título de posse e da conversão desta em propriedade.¹³³

O detentor do título de legitimação da posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do artigo 183 da Constituição Federal.

No entanto, para que seja realizado o requerimento, o adquirente deverá apresentar, conforme o §1º do artigo 60 da estudada lei:

- § 1º Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar:
- I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel;
 - II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural;
 - III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e
 - IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

A Lei nº 12.424/2011 realizou uma inclusão importante na Lei nº 11.977/09, quando incluiu o §3º do artigo 60. Anteriormente a esta inclusão, qualquer tamanho de imóvel possibilitava após o lapso temporal de 5 (cinco) anos a conversão do título de legitimação de posse em registro de propriedade. Hoje, os imóveis em áreas urbanas com mais de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), somente poderão solicitar a conversão após 10 (dez) anos, obedecendo a legislação sobre usucapião.

133

CHALHUB, Melhim Namem. *A propriedade pela via da legitimação de posse*. No prelo.

Para o professor Ricardo Lira a Lei nº 11.977/09 deveria ser alterada devendo reduzir o prazo de convolação da posse legitimada em propriedade de cinco para dois anos, possibilitando maior celeridade na aquisição da propriedade.¹³⁴

A extrajudicialidade do procedimento se justifica, dentre outros fundamentos, pela necessidade de simplificar e desburocratizar os meios de realização da função social da propriedade e das cidades, e contribui decisivamente para consecução dessas funções, não havendo afronta alguma aos requisitos da aquisição da propriedade por usucapião, nem às garantias constitucionais do direito de propriedade, desde que cumprida sua função social, e, ainda, aos requisitos do contraditório.¹³⁵

Afirma Melhim Namem Chalhub:

Justifica-se a desjudicialização também em que, desde que verificados os requisitos da prescrição aquisitiva, a legitimação da posse e sua conversão em propriedade não comportam litigiosidade, circunstância que torna desnecessária a intervenção judicial, salvo, naturalmente, nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão de direito do titular da propriedade.¹³⁶

Porém, buscando a desjudicialização do procedimento de usucapião nesta hipótese de legitimação de posse, acabou o legislador ordinário por deixar entraves para se alcançar a efetividade do instituto como será analisado a seguir.

3.4 Dos entraves para efetividade

Após cinco anos da data do registro da legitimação da posse, o beneficiário “poderá requerer ao oficial do registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião”, conforme preceitua o art. 60 da citada lei, denominada como usucapião administrativa.

¹³⁴ LIRA, Ricardo Pereira. *Entre o legal eu ilegal: direito e cidade*. In: XIV Encontro nacional da ANPUR. Rio de Janeiro: 25 de maio de 2011. Fornecido pelo autor.

¹³⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. *Revista IDEAL – Direito Notarial e Registral*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.melhimchalhub.com/artigos12.htm>> Acesso em: 22 fev.2012.

¹³⁶ Ibidem.

Porém, alguns questionamentos necessitam de resposta, como, por exemplo, será possível a usucapião de imóveis públicos? Como fica esta determinação legal frente ao impedimento do artigo 183, §3º, da Constituição Federal?

A resposta a esta questão não é de fácil solução. Seria possível ponderar interesses/direitos constitucionais fazendo preponderar a possibilidade de usucapião de imóveis públicos dominicais (desafetados), já que não estaria sendo utilizado para nenhuma atividade, fazendo valer o direito do particular que utiliza tal imóvel para sua moradia há muitos anos, preponderando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao direito constitucional à moradia?

Os bens dominicais conforme o Código Civil de 2002 no artigo 99, III “...constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objetivo de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”. A noção é residual, porque nessa categoria se situam todos os bens que não se caracterizem como de uso comum do povo ou de uso especial.¹³⁷ Acrescenta-se que esses bens terão a característica de serem desafetados, ou seja, quando não está sendo usado para qualquer fim público.

A Lei nº 11.977/09 em seu artigo 60, determina:

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

A aquisição por usucapião em questão, denominada “pro moradia”, prevista no artigo 183, da CF/88, impede a sua utilização quando se refere aos imóveis públicos (art. 183, §3º, CF/88). Desta forma, apesar de não ter sido dito expressamente na Lei nº 11.977/09, deverá ser utilizada outra forma de aquisição de tais imóveis quando dominicais.

Afirma Ricardo Lira que deveria ser eliminada a referência final a usucapião, que só abre oportunidades para que posições conservadoras venham oferecer empecilhos para titulação das áreas ocupadas por populações de baixa renda.¹³⁸

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. p. 1055.

¹³⁸ LIRA. Op. Cit, nota 134. p. 7

Como exigir apenas do particular o cumprimento da função sócio-ambiental da propriedade? A função social do bem público passa pela implementação do interesse público primário, que é o interesse de toda a sociedade, as necessidades coletivas, sendo o interesse público legítimo por excelência, ao contrário da preservação do interesse patrimonial do Estado (interesse público secundário).

Sendo assim, visando atender a função social dos imóveis públicos, e com a autorização da Lei nº 11.977/09, será possível a regularização fundiária de áreas públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quando estes declararem a área como de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social, conforme o art. 47, VII, “c” da Lei em análise. No entanto, a aquisição como dita anteriormente não poderá ser por usucapião administrativo como explicitado anteriormente devido vedação constitucional.

Quanto às áreas públicas, a solução deveria ser aquela realizada através da Concessão (gratuita) de uso especial para fins de moradia, sob as formas individual ou coletiva, dependendo das circunstâncias da área titulada, conforme orienta o Ilmo. Dr. Ricardo Lira.¹³⁹ Esta modalidade de regularização da posse de área urbana está prevista na Medida Provisória nº 2220 de 04 de setembro de 2001.¹⁴⁰

A concessão de uso especial para fins de moradia consiste em ato administrativo vinculado de outorga gratuita de direito real de uso de imóvel público, para fins de moradia do possuidor e de sua família. Na União, deve-se haver muita cautela na utilização do instituto, sobretudo por tratar-se de instituto que pode, sobretudo por tratar-se de instituto que pode, ao mesmo tempo, trazer prejuízos à Administração Pública e beneficiar possuidores que não estejam enquadrados no conceito de baixa renda.¹⁴¹

Ao lado da modalidade individual de concessão de uso especial para fins de moradia, está a concessão coletiva, prevista no art. 2, da MP 2.220/01. Este instituto torna-se muito

¹³⁹ LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (orgs.). *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 14.

¹⁴⁰ BRASIL. Ministério Público. MP nº 2220/01: “Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem 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.”

¹⁴¹ COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão do patrimônio imobiliário na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.247

importante em comunidades mais carentes, onde a delimitação precisa da posse de cada pessoa é tarefa quase impossível.¹⁴²

No caso do Estado do Rio de Janeiro, na existência de assentamentos consolidados em imóvel do domínio do Estado, o mesmo outorga aos moradores os termos administrativos de concessão de uso, como direito real resolúvel, pelo prazo de 99 (noventa e nove) anos, renovável. A concessão de uso permite ao concessionário, com efeito, registrar o apontado termo administrativo no cartório imobiliário competente, gerando, portanto, um direito real sobre a coisa alheia (Dec. Lei 271/67), como ocorre com a propriedade plena decorrente das doações, permitidas pela Lei Complementar Estadual nº 131/09 e pela Emenda a Constituição do Estado do Rio de Janeiro de nº 42/2009. A diferença é que nas concessões a propriedade do bem continua em nome do poder concedente.¹⁴³

Deste modo, é possível resumir quando se fala de imóveis urbanos as seguintes opções de regularização no Estado do Rio de Janeiro: 1) áreas urbanas públicas¹⁴⁴: promessa ou concessão de uso, como direito real resolúvel(art. 183, §1º, da CF/88 e MP 2.220 de 4/09/2001), por um prazo de 99 anos, renovável; ou doação (Emenda Constitucional nº 42/2009 e Lei Complementar nº 131/2009 – anexo 3); 2) áreas urbanas de particulares: demarcação urbanística (Lei nº 11.977/09 e Lei nº 12.424/11) quando não existe impugnação no procedimento extrajudicial ou usucapião individual ou coletivo (arts. 5º, XXIII, 183 e 191 da CF/88, art. 1238 a 1242 do Código Civil, art. 164 a 166 da Lei nº 6015/73, Lei nº 4505/64, art. 10 da Lei 10.257/01, arts. 941 a 945 do CPC, Lei nº 6969/81), quando da existência de impugnação proposta pela Defensoria Pública em parceria com o Instituto de Terras e Cartografia do Estado do Rio de Janeiro (ITERJ).

No que se refere a doação a ser promovida pela União, a Lei nº 9636, de 15 de maio de 1998 com alterações pela Lei 11.481, de 31 de maio de 2007, dispõe:

“Art. 31. Mediante ato do Poder Executivo e a seu critério, poderá ser autorizada a doação de bens imóveis de domínio da União, observado o disposto no art. 23 desta Lei, a:
I - Estados, Distrito Federal, Municípios, fundações públicas e autarquias públicas federais, estaduais e municipais;
II - empresas públicas federais, estaduais e municipais;

¹⁴² ARAUJO, Bárbara Almeida de. *A posse de bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.120

¹⁴³ TAVARES, Walter Elysis Borges. *Regularização fundiária de interesse social: novos rumos da ordem jurídica brasileira e universalização do acesso à moradia digna*. Disponível em: <<http://www.iterj.rj.gov.br/doc/NovosRumosRegularizacaoFundiarria.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2012.

¹⁴⁴ Quando pertencente a outro ente da Federação, busca-se a transferência, a título gratuito do imóvel ao Estado, sob regime de aforamento, obrigando o poder público estadual efetivar a regularização fundiária da área.

III - fundos públicos nas transferências destinadas a realização de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social; (grifo nosso)

IV - sociedades de economia mista voltadas à execução de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social; ou

V - beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas, de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública, para cuja execução seja efetivada a doação.(grifo nosso)

.....
 § 3º Nas hipóteses de que tratam os incisos I a IV do caput deste artigo, é vedada ao beneficiário a possibilidade de alienar o imóvel recebido em doação, exceto quando a finalidade for a execução, por parte do donatário, de projeto de assentamento de famílias carentes ou de baixa renda, na forma do art. 26 desta Lei, e desde que, no caso de alienação onerosa, o produto da venda seja destinado à instalação de infra-estrutura, equipamentos básicos ou de outras melhorias necessárias ao desenvolvimento do projeto.

A doação com fins de regularização fundiária para beneficiário pessoa física, impõe os seguintes requisitos: possuir renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos; e não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, conforme o § 5º do art. 31, da Lei nº 9636/98.

Outros questionamentos devem ser feitos diante da Lei nº 11.977/09 em análise, como a nova responsabilidade inserida ao oficial de registro de imóveis diante de uma demarcação urbanística, como por exemplo, a obrigatoriedade de notificar pessoalmente ou por edital os titulares dos imóveis para, em querendo, impugnem a demarcação, processar as impugnações, efetuar o registro do parcelamento da área efetuado pelo poder público, bem como arcar com os custos decorrentes dele, que envolvem desde a emissão de certidões que irão integrar os autos de demarcação urbanística até a determinação de impossibilidade de cobrança, conforme o artigo 290-A, da Lei 6015/73, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.424/11:

Art. 290-A. Devem ser realizados independentemente do recolhimento de custas e emolumentos: (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) (...)

III - o registro de título de legitimação de posse, concedido pelo poder público, de que trata o art. 59 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e de sua conversão em propriedade. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O registro e a averbação de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo independem da comprovação do pagamento de quaisquer tributos, inclusive previdenciários. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

A desjudicialização de alguns procedimentos como a regularização fundiária através da legitimação de posse oferece a oportunidade da atuação cartorária ser mais eficiente e

produtiva desafogando o Poder Judiciário, que poderá se dedicar mais a questões que envolvam litígios de maior complexidade. Será possível um trâmite mais eficiente e mais célere do que a aquisição por usucapião judicial.

Sabe-se que o ônus financeiro desta nova responsabilidade dos cartórios será suportado pelos próprios em se tratando de áreas favelizadas com hipossuficientes. Além disso, outra questão que não pode ser esquecida é que a nova lei (Lei nº 11.977/09) possibilita o registro da propriedade após o lapso temporal exigido pela mesma como uma sentença de usucapião sem levar em conta a cadeia sucessória do imóvel. Deste modo, deverá o registrador redobrar os seus cuidados principalmente concernente a notificação e identificação dos confrontantes para que não seja arguida qualquer responsabilidade do mesmo.

Deve-se lembrar que nas favelas e demais áreas ocupadas, inúmeras são as moradias objeto de locação, sendo certo que dogmaticamente não é juridicamente possível reconhecer usucapião em favor do locatário. Como o princípio seria o de que não seria possível declarar o usucapião referente a mais de uma moradia em favor de uma só pessoa, essa pessoa para ter declarado o usucapião em seu favor necessariamente teria de ceder sua posse aos seus locatários, que assim teriam a posse ad usucapionem suficiente para usucapir.

Por fim, levanta o ilustre professor Ricardo Lira, a problemática que envolve o chamado direito de laje. Menciona o autor:¹⁴⁵

Todos sabemos que nas comunidades identifica-se um hábito corrente de o ocupante ceder a utilização da laje de sua moradia a terceiro, gerando, na informalidade desse costume, o chamado “direito de laje”. (...) No ordenamento jurídico brasileiro, tanto no Estatuto da Cidade (art. 21), como no Código Civil (art. 1369), temos contemplado o direito de superfície. (...) Não prevê a possibilidade de o superficiário fazer essa concessão relativamente à sua propriedade superficiária.

Essa faculdade de o superficiário conceder a outrem o direito de construir sobre sua propriedade superficiária é o que se chama de sobrelevação. A problemática que se levanta é quanto a falta de regulamentação do direito de laje que irá trazer alguns transtornos quando da demarcação urbanística.

Para o professor Ricardo Lira quando se apresentasse uma hipótese de direito de laje, poder-se-ia aplicar a sobrelevação. Legitimar-se-ia a posse do primeiro ocupante, bem como

¹⁴⁵ LIRA. Op. Cit., nota 134, p. 7.

as dos ocupantes sucessivos, pela via da sobrelevação. Transcorrido o prazo legal, as posses legitimadas de cada unidade, se convolariam em domínio. Deve-se salientar, por fim, que essas superposições de propriedades seriam possíveis até o limite do gabarito previsto para a área.¹⁴⁶

4 PARCERIA COM O SETOR PRIVADO: UMA NOVA PROPOSTA DE EFETIVIDADE PARA A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

O Estado Brasileiro na década de oitenta sofria uma grave crise financeira e sua capacidade de financiar obras de infra-estrutura e investimento em serviço público foi enfraquecida. Deste modo, necessidades da sociedade como construção de rodovias, hidrovias, redes de distribuição de água e coleta de esgoto, gasodutos, etc., não mais eram atendidos pelo Estado.

A única saída naquele momento para o país era a desestatização com a delegação dos serviços públicos econômicos à iniciativa privada. Essa desestatização englobava tanto a redução do tamanho do Estado, tornando-o adequado para desempenhar suas tarefas essenciais;¹⁴⁷ quanto à privatização, sendo esta a transferência para o setor privado e ao livre mercado de todas as atividades indevidas ou excessivamente estatizadas.¹⁴⁸

Esta desestatização em sentido lato teve reflexos na Constituição Federal de 1988, que acabou por receber emendas¹⁴⁹, bem como a edição de leis¹⁵⁰ com a finalidade de possibilitar

¹⁴⁶ LIRA. Op. Cit., nota 134, p. 8

¹⁴⁷ Essa redução do Estado recebe a denominação inglesa de *downsizing*.

¹⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Prefácio. In: SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Desestatização : privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁴⁹ Primeiramente, foi editada a Emenda Constitucional nº 05, de 15 de agosto de 1995, possibilitando aos Estados-membros a concessão de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado; afastando a anterior hipótese do artigo 25, §2º, onde a delegação seria apenas para empresas cujo controle acionário fosse estatal. A Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, suprimiu a distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional, admitindo também a possibilidade de concessão ou autorização à empresas constituídas sob a lei brasileira a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 07 deixou de exigir que a navegação de cabotagem e interior fosse privativa de embarcações nacionais, alterando a redação do artigo 178 da Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 08 criou o surgimento de órgãos reguladores, que editariam normas e mediariam conflitos decorrentes de contratos de concessão dos serviços de telecomunicações. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995, facultou à União a contratação com empresas privadas de atividade voltada à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos, bem como a

na prática este momento. Uma das mais importantes edições de leis visando à desestatização, quiçá a mais importante, foi a Lei nº 8.987/95, denominada como Lei de Concessões de Serviços Públicos, tendo sido posteriormente complementada pela Lei nº 9.074/95.

Com o grande avanço das concessões no país, se fez necessária a edição de leis que regulassem a relação entre o concedente, concessionário e usuário, visando a instituir regras para estas atividades concedidas ao setor privado, fazendo surgir diversas agências reguladoras com tal finalidade.

Na referida onda de desestatizações, o recebimento de tais serviços públicos se fazia tão interessante que ao setor privado não lhe era necessário qualquer tipo de suporte financeiro pelo Estado, pelo contrário, era o setor privado que repassava um valor de outorga estabelecido em licitação para o Estado, recebendo apenas as tarifas pagas pelos usuários durante o prazo de vigência do contrato. Toda a estrutura montada de desestatização parecia alcançar ser real objetivo: tornar o Estado mais leve, possibilitando a este investir nas atividades que não ofereciam lucros à iniciativa privada, como regiões mais pobres do país, bem como às atividades onde não seria possível a obtenção de tarifas devido a sua vedação como a construção de presídios.

Pela via das concessões e permissões de serviços públicos se transfere, apenas, a execução de um serviço ao particular, que passa a prestá-lo sob normas e sob controle estatal. Pela via da terceirização, nem mesmo se transfere a gestão pública ao particular, mas somente, se admite que o Estado busque insumos privados para que ele próprio atenda a interesse público.¹⁵¹

Para Marça Justen Filho, a Constituição Federal de 1988 no artigo 175, não impôs um disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de

refinação, importação, exportação e transporte de produtos derivados do petróleo, alterando a vedação anteriormente estipulada no artigo 177 e §1º, da Carta Magna.

¹⁵⁰ A Lei Federal nº 8.031/90, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, prevendo a transferência de empresas, bens e serviços do setor público para a iniciativa privada. Esta lei vem sendo implementada através de privatizações de empresas estatais e concessão de serviços públicos. Muitos Estados-membros seguiram o modelo instituído pela União e criaram leis estaduais criando seus programas estaduais de desestatizações, como foi o caso do Estado do Rio de Janeiro com a Lei nº 2.470/95. Posteriormente, novas leis foram editadas como novas regras para o setor de energia, com a Lei nº 9.247, de 26 de dezembro de 1996; para o setor de telecomunicações, com a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; e para o setor de petróleo, com a Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997.

¹⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Regulação por Autoridades independentes. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 56, 2002.

serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras sejam praticadas.¹⁵²

Deste modo, podem ser enumerados como espécies de prestação de serviços públicos econômicos¹⁵³ por particulares através de delegação ou de concessão lato sensu:¹⁵⁴

1) Concessões: delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação de serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público. Conforme a Lei nº 8.987/95, a concessão só pode ser celebrada com pessoa jurídica ou consórcio delas. O agente privado, via de regra, será remunerado pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o estado a titularidade e os controles públicos sobre ele.¹⁵⁵

2) Permissões: presente nos artigos 21,X e XII, e 175 da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 2º, IV e 40 da Lei nº 8987/95. As peculiaridades que diferem a permissão da concessão são: a possibilidade do permissionário poder ser pessoa física; não existe exigência de ter que ser por prazo determinado; não demanda necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento obedecer as escalas da Lei nº 8666/93; são qualificadas como contrato de adesão; são precárias e revogáveis unilateralmente; e, por fim, não há previsão de permissões de obras públicas.¹⁵⁶

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 506

¹⁵³ Entende-se por serviços públicos econômicos aqueles que são reservados ao Estado, porém, são capazes de gerar lucro mediante pagamento de tarifas por seus usuários.

¹⁵⁴ Entendo que a modalidade autorização administrativa não constitui modalidade de delegação de serviço público, mas exercício do poder de polícia. Também não pode ser incluído como delegação de serviço público o *credenciamento* que ocorre quando a Administração não tem que escolher determinado particular em detrimento dos demais, não sendo possível a competição porque a contratação de um particular não exclui a dos demais, que também é almejada pela Administração; bem como quando as condições dos contratos são uniformes e previamente estabelecidas pela Administração Pública, não havendo como variarem segundo propostas dos particulares, que sequer chegam a apresentá-las, apenas aderindo às cláusulas prefixadas pela Administração. Terá embasamento no art. 25, caput, da Lei 8666/93, quando da dispensa de licitação prevista pela razão de sua inviabilidade. Tanto o credenciamento propriamente dito (de natureza contratual) como o credenciamento de polícia administrativa, não são o contrato ou o ato em si, mas sim o procedimento de escolha ou de controle, respectivamente, que deve procedê-los, como entende Alexandre Santos de Aragão. Por fim, deve-se assinalar que os consórcios públicos são mecanismos de cooperação entre Entes da Federação, podendo adotar a modalidade de pessoa jurídica de direito público ou privado, como autoriza a Lei nº 11.107/05. ARAGÃO, Alexandre Santos de. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 16. p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2012.

¹⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 16. p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2012.

¹⁵⁶ ARAGÃO. Op. Cit, nota 155. p. 18.

3) Arrendamento: quando o uso do bem público visa à exploração de frutos ou de serviço, a locação é denominada pelo art. 96, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9760/46, de arrendamento, com o prazo máximo de dez anos, ressalvados os projetos cujo montante dos investimentos demandar prazo maior, porém sempre determinado. No entanto, apenas recentemente o arrendamento passou, no setor de serviços portuários, a ter concepção de delegação de serviço público (Lei nº 8630/93), importando em gestão de portos.

4) Franquias públicas: contrato entre particular e poder público a execução padronizada de serviços públicos (padrões pré-estabelecidos para horários, produtos, uniformes, etc). Vem sendo empregada principalmente pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, mas apenas em relação ao serviço de coleta, não abrangendo, por exemplo, o transporte das correspondências.¹⁵⁷ Sua previsão genérica consta da Lei nº 8955/94 combinado com as determinações da Lei nº 8666/93, por se tratar de contrato público.

5) Convênio: quando o ente Público deixa de prestar o serviço diretamente para passar a financiar entidade conveniada, para fazê-lo, ocorrerá uma delegação de serviço público, sendo distinta da concessão, em razão, por exemplo, da possibilidade de denúncia unilateral por qualquer das partes sem indenização.

Entretanto, o objetivo a ser perseguido não foi o alcançado através das espécies de delegações traçadas anteriormente. O Estado Brasileiro se encontrava mesmo após as desestatizações feitas durante a década de noventa em crise fiscal, submetido a uma grave dívida interna e externa taxada com juros da magnitude que toda a população tinha conhecimento, acrescentada à frustração da população de não ter serviços públicos básicos oferecidos pelo Estado, ou quando oferecidos em situação precária.¹⁵⁸

A saída buscada pelo Estado era a adequação entre o atendimento às demandas populacionais de infra-estrutura, que previam altos custos, e a escassez de recursos orçamentários.

Deste modo, o ordenamento jurídico precisou efetivar mecanismos contratuais capazes de estender o instituto da delegação aos serviços públicos sociais, que são exercidos pelo Estado, mas sem a exclusão da iniciativa privada. Nesta caso, o que é delegado não é o exercício de uma atividade que, sem esse transpasse, seria defesa à iniciativa privada, mas sim

¹⁵⁷ Idem. p. 30

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas: PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 1. n. 240, p. 106, abr.jun/2005.

o exercício com o apoio do Estado de atividade que poderia ser exercida por direito próprio, tanto pelo Estado, como pelo particular.¹⁵⁹

Neste contexto surgiu à parceria público-privada no Estado Brasileiro, na forma da concessão administrativa, os contratos de gestão e os termos de parceria, que serão aprofundados a seguir.

4.1 O tratamento legislativo da parceria público-privada

4.1.1 Configuração Jurídica

Algumas unidades federativas¹⁶⁰ criaram leis objetivando o modelo da parceria público-privada antes da publicação da lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, baseando-se no artigo 24, §3º, da Constituição Federal, que lhes confere prerrogativa de exercitar plenamente a competência legislativa concorrente na ausência de normas gerais federais, com a peculiaridade de que a superveniência da Lei Federal suspenderia a eficácia de normas locais incompatíveis.

O projeto de lei que originou a referida lei, foi fruto de uma “força-tarefa” criada no governo Fernando Henrique Cardoso no âmbito do Ministério do Planejamento que visava o estudo aprofundado da temática. O referido projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional em 19 de novembro de 2003, tendo tramitado na Câmara dos Deputados sob o nº 2.546/2003, já no Senado Federal; o mesmo chegou a Casa Legislativa em 24 de março de 2004, tendo recebido o número 10/2004.

A Lei objeto de análise institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No dizer de Corinne Namblard, a parceria público-privada pode ser vista como “parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado, com o

¹⁵⁹ ARAGÃO. Op. Cit., nota 158, p. 36.

¹⁶⁰ Cf. Lei do Estado de Minas Gerais de nº 14.686, de 16 de dezembro de 2003; Lei do Estado de Santa Catarina de nº 12.930 de 04 de fevereiro de 2004; Lei do Estado de São Paulo nº 11.688, de 19 de maio de 2004; Lei do Estado de Goiás nº 14.910, de 11 de agosto de 2004, Lei do estado do Ceará de nº 13.557, de 30 de dezembro de 2004. Posteriormente, foi editada a Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005.

objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infra-estrutura habitualmente prestados através de mecanismos tradicionais como os contratos públicos.”¹⁶¹

A norma que lhe instituiu não poderá ser analisada isoladamente afastando toda e qualquer norma federal e mesmo estaduais, pelo contrário, normas anteriores sobre licitações, contratos e até mesmo orçamento público devem ser analisadas conjuntamente com um todo harmônico.

Dentro desta ótica, leis federais como a Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais das modalidades de contratação pública e licitações, e a posterior nº 10.520/2002, que criou novas normas gerais sobre licitação, principalmente o pregão, compõem este bloco de normativo que não poderá ser desconsiderado.

Ademais, outras leis devem ser incluídas no referido bloco, como a Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁶² e todas que implicam em utilização de recursos públicos.

Os dispositivos trazidos pela Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, destinam-se, fundamentalmente a excepcionar o regime geral de licitações, contratos administrativos e concessões, admitindo sob parâmetros diversos certas formas de contratação que, de outro modo, submeter-se-iam às formalidades e prazos das Leis nº 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.047/1995.¹⁶³

Além disso, buscam estabelecer mecanismos de garantia pública que excepcionam os padrões usuais das normas sobre delegação de serviço público e do direito financeiro vigente, bem como a fixação de critérios de distribuição dos riscos entre o parceiro privado e o Poder Público.

Parcerias público-privadas são associações entre o poder público e a iniciativa privada para viabilizar o desenvolvimento econômico através da contribuição de suas respectivas vantagens comparativas, podendo ser citados: complementação de compromissos e objetivos, alocação e divisão de riscos, regulação pelo poder público, e financiamento pela iniciativa privada.

¹⁶¹ NAMBLARD, Corinne. Para um enfoque pragmático da parceria público-privada. In: CHATELUS, Gautier; PERROT, Jeas-Yves (dirs.) *Financiamento das infra-estruturas e dos serviços coletivos: o recurso à parceria público-privado: os exemplos da experiência francesa no mundo*: Paris: Daei, 1994. p. 13-24.

¹⁶² BRASIL, Lei Complementar nº 101/2000.

¹⁶³ PEREIRA, César A. Guimarães; CARDOSO, André Guskow; SCWIND, Rafael Wallbach. As leis estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 120-140.

Deve-se incluir no manto da parceria público-privada os contratos conhecidos como concessões de serviços públicos, regidos pela Lei nº 8.987/1995, conhecida como Lei de Concessões; nestes a “Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que lhe explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais;”¹⁶⁴ cabendo ao particular assumir os riscos, o que impõe a existência de uma atividade dotada de lucratividade potencialmente apta a assegurar o sucesso econômico. Além destes, podem-se incluir também os contratos de gestão com organizações sociais¹⁶⁵ (Oss) e termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público¹⁶⁶ (OSCIPs).

Como mencionado anteriormente, a base legal da parceria público-privada não está apenas na Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, já que esta foi gerada, pouco a pouco, a partir principalmente dos anos 90 atendendo a uma demanda criada pela sociedade, visando a viabilizar a gestão dos interesses públicos sem a exclusividade estatal. Deste modo, para que foi criada a referida lei? Este questionamento possui apenas uma resposta: disciplinar o oferecimento, pelo concedente a concessionários de serviços ou de obra pública, a garantia de pagamento de adicional de tarifa.

A legislação anterior à Lei das PPPs não concedia garantias que protegessem o concessionário contra o inadimplemento do concedente, afinal os interesses e finalidades visados pela Administração e pelo contratado que sempre foram contraditórios, sendo de um lado a busca pela prestação adequada dos serviços e de outra o particular objetivando o lucro, deviam possuir limites para que fossem ofertadas ao ente privado garantias para seu investimento.

¹⁶⁴ DI PIETRO. Op. Cit, nota 95, p. 275.

¹⁶⁵ Foram disciplinadas no âmbito federal pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

¹⁶⁶ Disciplinada pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 e regulamentada pelo decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

4.1.2 Abrangência do Instituto Jurídico

Antes de se delinear os contratos sujeitos ao modelo da parceria público-privada, deve-se mencionar que estes estão sujeitos a princípios básicos, sendo um deles a atribuição ao particular o encargo de buscar o investimento necessário para a realização do projeto, garantindo-lhe a amortização dos valores investidos em contratos de longo prazo, mediante remuneração feita com verbas orçamentárias ou pela exploração econômica do serviço prestado com base na infra-estrutura construída.¹⁶⁷

Outra diretriz diz respeito as parceria público-privada regerem-se pelo foco de que:

[...] a remuneração do contratado deve ser uma contrapartida pelo conjunto de utilidades que ele disponibiliza, e não uma remuneração de cada tarefa isoladamente considerada. Neste contexto, os instrumentos de PPPs têm a característica de ser contratos extremamente complexos e de relacionar a remuneração do contrato ao grau de satisfação estatal com sua atuação e qualidade do serviço prestado.

Visando à garantia de investimentos ao ente privado, como mencionado anteriormente, as conhecidas “concessões de serviço”, foram divididas em dois grupos: concessões patrocinadas e as comuns.

As concessões patrocinadas compreendem os casos conhecidos de concessão de serviços públicos ou de obra pública em que a fruição pelos usuários não conduz a uma remuneração apta a propiciar amortização do investimento, devendo, por isso, o Estado complementar o pagamento devido ao concessionário; tendo sido definidas na lei como:

Art. 2º [...] § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Sabendo-se que cabe ao Poder Público, conforme confiança do ordenamento jurídico, a prestação de serviços diversos, deverá buscar os meios necessários para sua efetivação

¹⁶⁷ MONTEIRO, Vera. *Legislação de parceria Público-Privada no Brasil: aspectos fiscais desse novo modelo de contratação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

assegurando assim o desenvolvimento sócio-econômico do país e o bem estar da sociedade. Poderá transferir tal encargo à iniciativa privada mediante concessão quando a exploração dos serviços viabilize a amortização e a remuneração dos investimentos necessários.

Porém, existem casos de inviabilidade econômico-financeira na exploração de serviços, e para colocar em exercício os serviços que lhe cabe, somente com a concessão patrocinada terá investimentos privados atraídos para tal fim.

A diferença entre a concessão patrocinada e a concessão comum, prevista pela Lei nº 8.987/1995, é que, na primeira, a remuneração do concessionário é feita em parte com recursos públicos, ao contrário das concessões comuns ou tradicionais que são financiadas por tarifas e, eventualmente, também, por receitas provenientes da exploração de atividades anexas (art. 11, da Lei 8987/95).¹⁶⁸

Deve-se acrescentar a Lei de Concessões terá aplicação subsidiária nas concessões patrocinadas, conforme preceitua o §3º do art. 3º da Lei das PPPs: “Art. 3º ... § 3º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.”

Porém, não fica restrita aos contratos de concessões a abrangência da parceria público-privada, incluindo novas modalidades de contratos em que, à semelhança das concessões tradicionais, os particulares assumem os encargos de investir e de implantar infra-estrutura e depois de mantê-la, fazendo-a cumprir seus fins, sendo remunerados em longo prazo, permitindo ampliar o espectro a outros objetos que não a exploração de serviços econômicos.

Para atender esta demanda, foi criada a concessão administrativa, que copia a lógica econômico-cultural (obrigação de investimento inicial, estabilidade do contrato e vigência por longo prazo, para permitir a recuperação do capital; remuneração vinculada a resultados; flexibilidade na escolha dos meios para atingir os fins previstos no contrato, etc.) e aproveita da concessão patrocinada as regras destinadas à viabilização das garantias.¹⁶⁹

A Lei definiu as concessões administrativas como “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução

¹⁶⁸ Preceitua esta diferença o §3º do art. 2º da Lei 11.079/2004: “§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

¹⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

de obra ou fornecimento e instalação de bens.”¹⁷⁰ Nesta espécie, a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou educação públicas (art. 196 e 206, V da CF/88), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado.¹⁷¹

Diferencia-se este contrato do típico de prestação de serviços, sujeito à disciplina da Lei nº 8.666/1993, já que nas concessões administrativas o particular somente começará a ser remunerado depois de concluída e entregue a obra ao Estado, com um dever de arcar com os riscos atinentes à qualidade do produto. Além disso, deverá o concessionário promover investimento em valor superior a R\$ 20 milhões, devendo o prazo do contrato estar inserido em um intervalo entre 5 (cinco) e 35 (trinta e cinco) anos.

Diferencia-se também, da imposição pela Lei Geral dos Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) de um regime rígido e fechado para os contratos de prestação de serviços, que acaba limitando as responsabilidades e os riscos do particular contratado, podendo ser citado quando:

a) precisa definição do objeto do contrato pela Administração (art. 6º, IX c/c o art. 7º, §§ e incisos, art. 40, I e §2º e incisos; art. 42, Lei nº 8.666/1993) condicionando a abertura da licitação a existência de um projeto básico aprovado pela autoridade competente, não podendo o particular deixar de cumprir fielmente o estabelecido. Porém, nas parcerias público-privadas, poderá a iniciativa privada contribuir com a eficiência na definição do modelo contratual, cabendo à Administração a definição das finalidades a serem atingidas e ao particular a escolha dos meios para que sejam obtidos. Não se deve afastar a obrigatoriedade da definição precisa por parte da Administração do objeto da parceria, para que seja possível aferir as finalidades e os melhores meios para seu alcance pelo ente privado, não afastando o disposto no inciso VI do artigo 10, que preleciona:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: ...VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital [...]

¹⁷⁰

BRASIL, Lei nº 11.079/2004, art. 2º, §2º.

¹⁷¹

ARAGÃO. Op. Cit., nota 155. p. 12.

b) devem ser previstos os recursos orçamentários suficientes para integral remuneração do particular (art. 7º, §2º, III da Lei 8.666/1993), bem como sua previsão no plano plurianual, em contrapartida, poderá nos contratos de parceria público-privada existir a vinculação de receita como forma de garantia dos contratos, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal vigente mencionando:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

c) impõe pagamento do preço no prazo máximo de 30 dias do adimplemento das obrigações correspondentes de cada parcela (art. 40, XIV, “a”, da Lei nº 8.666/1993), já a parceria público-privada permite além de formas diversas de pagamento poderá prever pagamento variável de acordo com seu desempenho , conforme o artigo 6º da Lei nº 11.079/2004:

Art. 6º. A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei. Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Sendo assim, pode-se afirmar que a concessão administrativa é, a exemplo das concessões comuns e patrocinadas, um investimento privado amortizável no longo prazo, findo o qual os bens construídos, reformados ou mantidos pelo particular reverterem ao Poder Público. A única diferença é que essa amortização se fará com verbas do Erário e não através, total (concessões comuns) ou parcialmente (concessões patrocinadas), de tarifas dos usuários.¹⁷²

¹⁷²

ARAGÃO. Op. Cit., nota 155, p. 13.

4.1.3 Diretrizes legais

Em uma análise do texto legal da parceria público-privada, podem-se presenciar traços marcantes e inovadores trazidos pelo Legislador. O primeiro traço a ser analisado refere-se às diretrizes traçadas pela lei que deverão permear os referidos contratos.

Tais diretrizes estão presentes no artigo 4º, da Lei das PPPs, podendo ser elencada como primeira diretriz a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade: o Estado deve adequar as demandas sociais aos recursos públicos disponíveis, fazendo as escolhas corretas que proporcione o real alcance do interesse público

No dizer de Marçal Justen Filho o interesse público perseguido pelo Estado pode ser descrito como o compromisso de prestar serviços de atendimento a necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁷³

Deve-se ter em mente que as escolhas de investimento dos recursos públicos terão que ser precedidas de análises de viabilidade para adequação técnica e financeira do Estado. Porém, esta escolha estatal não poderá se resumir a uma dimensão financeira de custo-benefício, devendo ser analisados outros valores que não terão possibilidade de serem traduzidos monetariamente, e que estão intimamente ligados à noção dos ideais de justiça.

Quando se enumera como diretriz da parceria público-privada a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, terá o administrador que adotar uma postura afastando os conceitos tradicionais de finanças públicas, no qual associa recursos orçamentários, ou seja, disponibilidade financeira; preferindo a adoção, em suas escolhas, do emprego de dos escassos recursos aliados a uma tentativa de retirada deste Estado da atuação maciça para o atendimento às demandas sociais, buscando despertar o interesse privado na exploração dos serviços públicos, como forma de suprir suas carências administrativas atendendo as missões deste Estado.

¹⁷³

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11.

A segunda diretriz legal para a contratação de parceria público-privada diz respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da execução, conforme preceitua o inciso II do artigo 4º da anteriormente mencionada lei.

A ideia central das PPPs é a captação de recursos financeiros e técnicos junto ao setor privado que possibilite a materialização de uma demanda social determinada pela Administração Pública.

De um lado se encontram os destinatários dos serviços públicos que devido aos déficits financeiros estatais tiveram durante um longo tempo alcançando os dias atuais o não atendimento às suas exigências mínimas, o que ocasiona total desrespeito aos seus direitos fundamentais.

A Comissão Européia através da Diretoria Geral de Política Regional proferiu as “Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem Sucedidas” enumerando:

- aceleração da disponibilização da infra-estrutura que, construída com recursos privados não sujeitos à limitações dos públicos, pode se submeter a cronograma mais abreviados ou, ainda, implementação e disponibilização mais rápida do serviço ou utilidade;
- melhor alocação de riscos da atividade, com sua conseqüente diminuição potencial;
- possibilidade de instituição, por intermédio do instrumento contratual, de mecanismos de incentivo de desempenho, com conseqüente melhoria na qualidade de serviço;
- aprimoramento da atividade da Administração Pública pelo incremento de sua expertise mais gerencial e menos executora quanto à atividade desenvolvida em parceria;
- aprimoramento da atividade da Administração Pública em outras áreas de atuação, pela desoneração financeira e de sua estrutura operacional decorrente da parceria, permitindo realocação de recursos.¹⁷⁴

Deve-se salientar que, se as diretrizes acima descritas forem seguidas será possível atender os interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da execução, já que a atuação da Administração permitirá através de um caráter com ênfase gerencial a disponibilização de serviços necessários aos referidos destinatários, que a muito

¹⁷⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Diretoria Geral de Política Regional. *Diretrizes para parcerias público-privadas bem sucedidas*. Mar. de 2003. Disponível em <<http://www.ppp.mg.gov.br/download/diretrizes.pdf>>. In: VALLE. Op. Cit, nota 08, p. 48

não consegue efetivar, concedendo a lucratividade ao ente privado atraído ao contrato de parceria público-privada.

Outra diretriz marcante enunciada pelo inciso III do artigo 4º, da Lei Federal nº 11.079/2004, diz respeito a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

O Estado exaltou de tal forma sua participação na ordem social que a essencialidade das atividades estatais passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes na socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal. Porém, deve-se ter observado que existe sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada.¹⁷⁵

A doutrina administrativista classifica segundo o critério de exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço público como exclusivos e não exclusivos do Estado.¹⁷⁶

Os contratos de parceria público-privada não poderão ter por objeto serviços de cunho exclusivo do Estado, desrespeitando, por exemplo, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia. Qualquer que seja o serviço de cunho exclusivo para o exercício do Estado, estará, evidentemente afastado da hipótese de contratação com o ente privado.

Conclui-se, portanto, que os contratos de PPP terão necessariamente como objeto serviços não exclusivos, e a opção pelo regime contratual com terceiros é de natureza essencialmente política, através das políticas públicas que o administrador público julgar conveniente

Entendem-se como políticas públicas as chamadas metas coletivas conscientes que norteiam a ação estatal, pelo que a sociedade poderá acompanhar, controlar e fiscalizar a função administrativa do Estado.¹⁷⁷

A escolha do Estado quanto à execução direta ou não de determinadas atividades, determina uma reflexão à cerca dos limites e possibilidades do Estado, que pode concluir pela

¹⁷⁵ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 199.

¹⁷⁶ DI PIETRO. Op. Cit., nota 95, p. 106.

¹⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 2002, prefácio, p. XXI.

incapacidade ou pela circunstância de que a realocação de recursos e meios determina que a melhor escolha seja o recurso de terceiros; análise esta que recebe o nome de “política reflexiva” por Guilherme Cintra Guimarães.¹⁷⁸

Acrescenta-se como uma quarta diretriz legal aos contratos de parceria público-privada a obrigatoriedade do respeito à responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias.

Os negócios públicos deverão ser gerenciados com um sistema de planejamento que importe em atendimento às necessidades sociais não apenas em um curto espaço de tempo, mas também a médio e longo prazo. No entanto, para que o mencionado planejamento seja eficiente, se faz necessário um conhecimento amplo da estrutura do governo, com apoio técnico especializado e pesquisas constantes dos déficits estruturais.

A ideia de um planejamento efetivo por parte do Administrador Público, para que o mesmo não atenda apenas as necessidades da ocasião, gerindo racionalmente os recursos públicos, teve grande impulso com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000). A necessidade de respeito à responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, refere-se principalmente ao atendimento do disposto no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei Complementar nº 101/2000:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

O planejamento transparente em que deve se pautar o Administrador Público se resume a uma prevenção de riscos e correção de desvios capaz de afetar o equilíbrio das contas públicas. Este plano de ação fiscal transparente é definido pela própria Lei de Responsabilidade Fiscal no artigo 48,¹⁷⁹ determinando uma publicização dos elementos

¹⁷⁸ GUILMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do Estado: uma visão autopoietica. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

¹⁷⁹ BRASIL, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, art. 48: “São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis

determinantes do agir orçamentário estatal, mas também no papel dos elementos da chamada tríade orçamentária como organizadores e tradutores desse mesmo plano de ação.¹⁸⁰

Falar em equilíbrio das contas públicas é expressar principalmente a busca pelo equilíbrio orçamentário, somado à abertura do mercado às operações internacionais, que tornará o parceiro estrangeiro mais confiante na contratação.

Deve-se salientar que a transparência dos procedimentos e decisões também é uma das diretrizes a ser respeitada nas PPPs¹⁸¹. A transparência deve ser efetivada principalmente no atendimento ao princípio da publicidade¹⁸², devendo ser divulgados amplamente os procedimentos e decisões que permearem uma contratação de parceria público-privada.

O referido princípio consta de diversas passagens expressas da Lei 11.079/2004, ao tratar da divulgação das contas na rede pública de transmissão de dados, no parágrafo 6º¹⁸³ do artigo 14; e ao tratar do dever de apresentação de relatórios, previsto no artigo 15, parágrafo único:

Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Os críticos ao modelo de PPP mencionam um risco indesejável deixado pela discricionariedade do Administrador Público ao identificar os seguimentos de atividade propícios à contratação e os modelos de negócios já individualizados. Tais críticas não deveriam ter êxito devido a discricionariedade não ser sinônimo de liberdade ampla e irrestrita, tendo em vista que o Administrador sempre estará suscetível de controle interno e externo para preservação do interesse público.

A tarefa de identificação dos serviços prioritários para execução no regime de PPP pertence ao órgão gestor conforme indica o artigo 14, inciso I da Lei nº 11.079/2004: “Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com

de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.”

¹⁸⁰ VALLE. Op. Cit., nota 8, p. 40.

¹⁸¹ BRASIL. Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, art. 4º: “Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:... V – transparência dos procedimentos e das decisões”.

¹⁸² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, *caput*.

¹⁸³ BRASIL, Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, art. 14º, §6º: “Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.”

competência para: I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada [...]”

O mencionado órgão gestor no plano federal foi instituído através do Decreto nº 5.385, de 04 de março de 2005, denominado Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP), sua composição inclui um representante, titular e suplente, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que o coordenará; do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República, conforme indicação do artigo 2º.

A atuação do órgão gestor inclui não apenas a definição dos serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada, mais também a definição dos critérios para subsidiar a análise sobre a conveniência e oportunidade de contratação sob esse regime, além de outras funções, o que implica em uma resposta aos questionadores sobre a discricionariedade administrativa.

Acrescenta-se, ainda, a função do órgão gestor em disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos de parceria público-privada e aprovar suas alterações, atendendo o disposto na diretriz do inciso V do artigo 4º da Lei das PPPs, tendo em vista que uma vez disciplinados e amplamente divulgados estará garantindo a transparência no procedimento da contratação.

Outra função também a ser exercida pelo órgão gestor que mantém a transparência do mencionado procedimento alude sobre a participação, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços dos responsáveis ou autores dos projetos básico ou executivo,¹⁸⁴ bem como a disponibilização aos interessados dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, etc., referentes a licitação,¹⁸⁵ conforme indicação do final do inciso II do art. 3º do Decreto Federal nº 5.385/2005.

Carece acrescentar dentre as diretrizes de contratação do regime de PPP a repartição objetiva de riscos entre as partes, cabendo ao Poder Público os ônus de suportar os riscos de comprometimento do equilíbrio de suas contas, enquanto que ao particular seriam atribuídos os riscos do negócio.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, art. 31: “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.”

¹⁸⁵ BRASIL. Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 21: “Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.”

Os riscos podem ser de três ordens: políticos, sociais e econômicos. O primeiro traz à baila a sustentabilidade financeira; o risco social se refere às vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, bem como o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços públicos; sendo o risco econômico presente na necessidade de explícita transparência dos procedimentos e das decisões.

Não cabe a exclusividade de repartição apenas dos riscos econômicos, devendo ser incluído as outras duas espécies de risco, atendendo a própria natureza da parceria, considerando o conjunto de elementos que permitam a conjugação de esforços.¹⁸⁶

Entende Marcos Juruena Villela Souto que os riscos políticos, cambiais, de interpretação judicial, de disponibilidade financeira, de relações internacionais não são gerenciáveis pelo particular, devendo ser suportados pelo Estado. Já por outro lado, riscos ligados à construção, operação, rendimento, tecnologia, competição devem ser suportados pelo particular.¹⁸⁷

O Conselho da União Européia, por meio de sua Secretaria-Geral, criou sob a assinatura da diretora Patrícia Bugnot, registrado sob o nº 9206/04, o Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, cuja indicação no item 1.1 sobre a repartição de riscos era:

A distribuição dos riscos entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público. Contudo as PPP não implicam necessariamente que o parceiro do sector privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir [...]”¹⁸⁸

O artigo 5º, III,¹⁸⁹ da Lei das parcerias público-privadas remete a uma partilha de riscos quando de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Entende-se por risco econômico todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande,

¹⁸⁶ VALLE. Op. Cit., nota 8, p. 58/59.

¹⁸⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 39.

¹⁸⁸ CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/04/st09/st09206.pt04.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2006.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, art. 5º, III: “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.”

tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado, oferecendo oportunidade para a aplicação da teoria da imprevisão, que nada mais é do que aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, que significa que uma convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como era no momento da celebração.

Se de um lado a teoria da imprevisão, em circunstâncias excepcionais, não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos.¹⁹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte sobre as diferenças entre a álea econômica e a força maior. A semelhança é clara: ambos decorrem de fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível. A diferença reside no fato de que, na primeira, é possível a aplicação da teoria da imprevisão, ocorrendo apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato, devendo a Administração rever as cláusulas financeiras do contrato, permitindo desse modo sua continuidade, caso ainda seja de interesse públicos.

Já a força maior existe na impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato, existindo a liberação de ambas as partes do contrato, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento.¹⁹¹

O parágrafo 2º do artigo 79 da Lei Federal nº 8.666/1993 permite que as rescisões com base em caso fortuito ou força maior, sem que haja culpa do contratado, possibilite o ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver o agente privado sofrido, concedendo o direito à devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão, bem como o pagamento do custo de desmobilização. A fundamentação do ressarcimento dos prejuízos é o princípio da solidariedade, obrigando a sociedade a assumir o risco do contratado; situação essa que passa a ser corrigida com a repartição de riscos no modelo de parceria público-privada.

Por seu turno, fato do príncipe, refere-se o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral não relacionadas diretamente, podendo ser definido como uma determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo, constituindo esta oneração uma álea administrativa extraordinária e extracontratual. Sendo intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra

¹⁹⁰ DI PIETRO. Op. Cit., nota 95, p. 268-269.

¹⁹¹ SOUTO. Op. Cit., nota 187 p. 271.

parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução ou concedendo ensejo a rescisão contratual.¹⁹²

Discussão importante sobre a partilha de riscos no âmbito da contratação através do modelo da parceria público-privada a ser travada, refere-se ao percentual máximo de participação do Setor Público no empreendimento objeto de PPP.

O artigo 28 da Lei nº 11.079/2004 adverte:

A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Esta medida tem por objetivo a redução dos riscos de incapacidade de pagamentos futuros, que mesmo em alguns países onde o modelo é bem sucedido, como é o caso de Portugal, existe a necessidade de revisão em função da impossibilidade de pagamento da prestação devida pelo Estado, conforme registrado por Airton Rocha Nóbrega,¹⁹³ com base em reportagem a respeito do 32º Congresso da Associação Europeia das Concessionárias de Estadas (Asecap).

Deve-se salientar que a partilha de riscos sofreu alterações desde a Lei nº 8.666/1993. Nesta não existia possibilidade de transferência para o contratado dos riscos, ficando garantido pelo pagamento baseado em dotações orçamentárias, previstas no contrato.

Já a Lei Federal nº 8.987/95, em seu artigo 2º, inciso II,¹⁹⁴ prevê a transferência integral para os concessionários e permissionários. Já nas parcerias público-privadas a separação de riscos entre o negócio concedido e a pessoa do contratado fica viabilizada através da criação de sociedades de propósito específico,¹⁹⁵ encarregado de gerir,

¹⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 227.

¹⁹³ NÓBREGA, Airton Rocha. Parcerias público-privadas: mais uma inútil proposição legislativa? *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 10, p. 1137 et seq., 2004. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 40.

¹⁹⁴ BRASIL. Lei Ordinária Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 2º, II: Art. 2º. “Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: ... II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco e por prazo determinado* [...]” (grifo nosso)

¹⁹⁵ BRASIL. Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004, art. 9º: “Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

separadamente, as receitas e despesas do projeto, para que o investidor não precise temer outras atividades ou a vida pregressa do contratado. Esta medida permite que o investidor seja proprietário da receita alienada ou de ações da companhia contratada, ou ainda, de títulos garantidos pela renda do negócio; medida esta já viabilizada pela Lei nº 8.987/95, porém, facultativa ao edital, já na Lei das PPP se tornou condição.¹⁹⁶

A Sociedade de Propósito Específico poderá assumir, dentre outras formas societárias, a forma de companhia aberta, desde que seus valores mobiliários sejam admitidos em negociação no mercado financeiro. Deverá a referida sociedade obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento a ser decretado pelo Poder Executivo Federal.

João Bosco Lode entende por governança corporativa sendo:

[...] o sistema que assegura aos sócios-proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. A relação entre propriedade e gestão se dá através do conselho de administração, a auditoria independente e o conselho fiscal, instrumentos fundamentais para o exercício do controle. A boa governança assegura aos sócios equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados (accountability) e obediência às leis do país (compliance).¹⁹⁷

Somente será possível a transferência do controle deste tipo de sociedade expressamente autorizado pela Administração Pública, sempre acompanhando os termos expressos em edital e do contrato de parceria, desde de que observado o disposto no artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, conforme indicação do parágrafo 1º do art. 9º da Lei da PPP.

Adverte a Lei de Concessões e Permissões:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:
I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

¹⁹⁶ SOUTO. Op. Cit, nota 187, p. 41.

¹⁹⁷ LODE, 2000, p. 24 apud POLTRONIERI, 2005, p. 137.

§ 4o A assunção do controle autorizada na forma do § 2o deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

Importante se faz frisar a inalterabilidade das obrigações da concessionária e de seus controladores frente ao poder concedente, caso se proceda à assunção do controle da concessionária por seus financiadores, com finalidade de reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, como forma de garantia de manutenção do interesse público.

4.1.4 Licitação para instituição de parcerias público-privadas

Antes de se proceder ao processo licitatório, tem-se ampliado a o procedimento denominado “manifestação de interesse” - PMI. Por intermédio desse instrumento, o setor público obtém, de consultores externos ou das empresas interessadas em disputar futuros contratos de concessão, estudos de viabilidade sobre projetos de infraestrutura que estão na agenda da tomada de decisão do Estado. Tais estudos são essenciais para que o setor público possa estruturar e publicar os editais de licitação de contratos de concessão.

Nesse sentido, em um contexto de debilidade institucional do setor público, a empresa “A”, interessada em um projeto “X”, percebendo o interesse do poder público “B” em levar adiante o projeto “X”, mas reconhecendo a incapacidade de “B” para fazer os estudos necessários para a publicação do edital de licitação, de modo informal, envia ao poder público o material (estudos, minutas de edital e contrato) necessário para que a licitação seja realizada.¹⁹⁸

O artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 contempla a possibilidade de que tais práticas sejam institucionalizadas e tornadas mais transparentes. Em resumo, o artigo estabelece que valores investidos em estudos produzidos pelo poder concedente ou pelo setor

¹⁹⁸ PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?* Disponível em: <<http://dl.dropbox.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

privado (desde que, neste último caso, com a autorização do setor público) que forem utilizados para a estruturação de uma concessão serão ressarcidos pelo licitante vencedor (que será parte no contrato de concessão licitado).¹⁹⁹

Mesmo tendo possibilidade de conflito de interesse entre autor do estudo utilizado na estruturação da concessão e o poder público, nos casos em que o autor do estudo é empresa interessada na licitação, a Lei nº 9074/95, em seu artigo 31, determinou a possibilidade dos executores do projeto básico ou executivo poder participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras e serviços.

A Lei nº 11.079/2004, no artigo 3º regulamentou o uso do PMI em relação às concessões administrativas e patrocinadas em âmbito federal. Muitos Estados já criaram legislação que regulamenta a manifestação de interesse, como o Rio de Janeiro, através da Lei nº 5068/200 que através da Programa de PPP e com a atuação da Procuradoria do Estado elaboraram, inclusive, dois modelos, sendo o primeiro de chamamento público de manifestação de interesse quando for recebida proposta espontânea de pessoa física ou jurídica (anexo 4); e o segundo um edital para manifestação de interesse quando a iniciativa partir do próprio Estado (anexo 5).

Toda contratação sob o modelo da parceria público-privada será realizada através de procedimento regular de licitação, cuja modalidade será a de concorrência pública. Concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital.

A licitação que tiver por objeto a contratação de parceria público-privada deverá para que seja iniciada ter suprido as condições prévias do artigo 10º, conforme análises em separado a seguir.

1 – Autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que venha a demonstrar:

1.1 - a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada.

Deverá ser enquadrado o objeto da licitação em uma concessão patrocinada²⁰⁰ ou administrativa,²⁰¹ sob pena de ter que ser feito exclusivamente sob o regime da Lei nº

¹⁹⁹

Ibdem.

8.666/1993, bem como as leis referentes aos contratos administrativos, como são as licitações para compras, alienações e locações, etc. Quando a licitação tiver por objeto concessão comum deverá continuar a ser regida pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.²⁰²

A fundamentação clara que justifique a parceria público-privada é condição essencial devendo ser demonstrado que através de estudos técnicos foi concluído que o investimento privado apenas aconteceria com uma contraprestação pecuniária do parceiro público (Administração contratante) ao parceiro privado (Ente privado contratado) ou até mesmo devido o valor do contrato ultrapassar os vinte milhões de reais.

1.2 - que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1o do art. 4o da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

O anexo mencionado é o referente às metas fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

Caberá quando da autorização da autoridade competente, estar previsto os impactos financeiros concernentes a tal contratação, visando principalmente a uma compensação futura de receita ou quiçá a uma redução permanente de despesa.

1.3 - quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

A autorização da autoridade competente deverá respeitar as normas editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional relativa à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada, bem como respeitar os limites e condições expressas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

²⁰⁰ Concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

²⁰¹ Contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

²⁰² BRASIL. Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004, art. 3º, §§2º e 3º.

2 - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada.

3 - declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual.

4 - estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

5 - seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

6 - submissão da minuta de edital e de contrato a consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital.

Os prazos expostos visam a garantir a possibilidade de oferecimento de sugestões tanto de setores públicos quanto privados, bem como possibilitar alterações dos termos do edital e contrato inicialmente previstos

7 - licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Permitiu grande avanço a condicionar a parceria a obtenção de licença ambiental, deste modo, ainda que o contrato esteja firmado e os recursos disponíveis, não será permitida a execução do objeto, caso lhe falte a referida licença. Porém, o descrito acima não virá a ocorrer, já que o legislador, sabiamente, condicionou o processo licitatório a prévio estudo de impacto ambiental, para que as condições do projeto sejam regulares permitindo a correspondente licença ambiental.

Deverá a Comissão de Licitação organizar e conduzir o procedimento licitatório, analisando primeiramente a habilitação, inscrição em registro cadastral e as propostas dos licitantes. A licitação deverá ainda, respeitar o artigo 11 analisando e aprovando previamente

o projeto de parceria e a minuta do edital de concorrência indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

O instrumento convocatório ainda poderá prever conforme os incisos e parágrafo do artigo 11:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (VETADO)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

O processo licitatório terá início com a abertura do processo administrativo devidamente registrado, contendo a autorização descrita anteriormente da autoridade competente, a indicação de seu objeto e da previsão de recurso para despesa.

O julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes. Além disso, poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I (o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado) e V (melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica) do artigo 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes, conforme previsão do inciso II do art. 12 da Lei da PPP:

- a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

O edital deverá definir a forma de apresentação das propostas econômica, sendo admitido propostas escritas em envelopes lacrados ou propostas escritas, seguidas de lances em viva voz. É facultativa a previsão em edital da possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências do prazo no instrumento convocatório.

Deve-se frisar que o exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital, conforme previsão legal do parágrafo 2º do artigo 12 da Lei da PPP.

Será possível existir inversão de ordem das fases de habilitação e julgamento, porém, a Lei Federal nº 11.079/2004 dispôs o procedimento a ser seguido em seu artigo 13:

- I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
- II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
- III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2o (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
- IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

4.1.5 Contratos de parceria público-privada

Antes de atender a uma análise minuciosa aos dispositivos legais sobre o contrato objeto de estudo, deve-se salientar que a própria lei previu expressamente a aplicação da Lei de Concessões²⁰³, em seu artigo 5º: “Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23. da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:...”

O artigo referido da Lei de Concessões prevê as cláusulas essenciais, que podem ser enumeradas da seguinte forma:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

²⁰³

BRASIL. Lei Ordinária Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Além das cláusulas mencionadas, prevê cláusulas específicas para os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública, que seria a estipulação dos cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão, bem como a exigência de garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.²⁰⁴

Somam-se as disposições essenciais da Lei nº 8.987/95, a necessidade dos contratos de parceria incluírem, sob pena de invalidação, as cláusulas previstas no art. 5º da Lei 11.079/2004.²⁰⁵

Uma das disposições inovadoras da Lei das PPPs foi o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos,²⁰⁶ incluindo eventual prorrogação.

²⁰⁴ Deve-se salientar para a existência das chamadas cláusulas exorbitantes, consideradas implícitas em todos os contratos administrativos, pela Lei nº 8.666/1993, como, por exemplo, a possibilidade de modificação unilateral, para melhor adequação ao interesse público. Não se pode deixar de lado uma nova visão de flexibilizar as referidas cláusulas, inclusive possibilitando a possibilidade de previsão ou não das mesmas, já que não possuem sede constitucional. Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 472); e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 3).

²⁰⁵ BRASIL. Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004, art. 5º: “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.”

²⁰⁶ BRASIL, Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004, art. 5º, I, “o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; [...]”

A lei prevê penalidade não apenas para o parceiro privado, mas também para a Administração Pública, conforme a disposição do inciso II do art. 5º: “II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas.”

Quando se fala em penalidades aplicáveis aos contratos de parceria, pode-se enumerar as legislações que, no que couberem, poderiam ser aplicadas, caso fossem as condutas do Administrador Público ou do parceiro privado enquadrados. Dentre essas, pode-se citar: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992), Lei de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), Lei de crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950), Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) referente aos crimes contra a administração e finanças públicas e a Lei de Crimes Fiscais (Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000).

Promove inovação o inciso VI do artigo 5º, quando menciona a possibilidade de inclusão de cláusula sobre os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, além dos modos e prazos de regularização; e caso exista, a forma de acionamento da garantia.

Os parceiros privados terão de investir no projeto de parceria, no mínimo 30% de recursos próprios, ou 20% quando houver participação de fundos de previdência complementar, devendo a contraprestação da Administração Pública ser feita por ordem bancária, cessão de créditos não-tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre os bens dominicais. A Lei da PPP abre brecha para que qualquer outro meio de pagamento admitido em lei possa ser utilizado, desde que viável orçamentariamente.²⁰⁷

Ademais, o rol de possibilidade de pagamento ao parceiro privado não se demonstrou muito inovador, em contrapartida a possibilidade em vincular o mesmo ao desempenho do parceiro privado na prestação de serviço público, buscando adequar este as metas, padrão de qualidade e disponibilidade definidas pela parceria, demonstrou mais uma vez a busca pela garantia ao interesse público, no parágrafo único do artigo 6º:

²⁰⁷ BRASIL, Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004, art. 6º.

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Já falar das garantias ao cumprimento das parcerias pelo Poder Público é entrar em terreno de controvérsias, afinal, a legalidade das medidas a serem analisadas em seguida já são objeto de debate doutrinário, especialmente quando examinado o conjunto de normas constitucionais para destinação dos recursos públicos e cumprimento das obrigações pecuniárias do Estado.²⁰⁸

Deixando de lado a controvérsia que não é o tema central deste trabalho, podem ser citadas como garantidas, as expressas no artigo 8º da Lei nº 11.079/2004:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;²⁰⁹ (grifo nosso)
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

O Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) possui natureza de direito privado com patrimônio próprio composto de bens e direitos de seus cotistas quando da integralização de suas cotas que lhes forem subscritas e pelos rendimentos obtidos com sua administração. O referido Fundo será gerido e representado judicialmente e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente pela União.²¹⁰

²⁰⁸ POLTRONIERI, Renato. *Parceria público-privada e a atuação administrativa: reflexões sobre a instituição de parcerias entre a administração pública e o setor privado e os contratos administrativos aplicáveis a esta forma especial de concessão de serviço público*. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2005. p. 141.

²⁰⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 167, inciso IV: “IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo [...]” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

²¹⁰ BRASIL, Lei Ordinária Federal nº 11.079/2004, art. 16 e 17.

A estrutura para constituição e gerência do Fundo se justifica pelo fato do legislador privilegiar a garantia ao investidor privado que tomar parte nas parcerias, apostando em sua alta liquidez e rentabilidade.²¹¹

As garantias do Fundo anteriormente a edição da Lei nº 12409/11, deveriam ser prestadas de forma proporcional ao valor da participação de cada cotista. No entanto, nova redação foi dada ao artigo 18:

Art. 18. O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo. (Redação dada pela Lei nº 12.409, de 2011)

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Poderá, ocasionalmente, O FGP prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantam o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

4.2 Dos contratos de gestão

Além da parceria público-privada através de concessões administrativas, os contratos de gestão também compõem o grupo de delegações no qual o exercício de uma atividade, seria defesa à iniciativa privada, mas com o apoio do Estado seria possível seu exercício tanto pelo Estado, como pelo particular. Nos contratos de gestão, diferentemente das concessões administrativas, não haverá possibilidade de ter fins lucrativos.²¹²

²¹¹ POLTRONIERI. Op. cit., nota 208, p. 141.

²¹² ARAGÃO. Op. Cit., nota 155, p. 36

A Lei nº 9.637/98 inovou trazendo a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais e a possibilidade de celebração de contratos de gestão para que seja possível obter apoio do Poder Público. Estas organizações poderão ser desqualificadas de seu título de “organizações sociais” caso haja descumprimento das disposições do contrato de gestão, que deverá ser precedido de processo administrativo sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A Administração Pública efetivamente possui instrumentos de participação na gestão das atividades das entidades qualificadas como organizações sociais, integrando-as no conjunto das atuações estatais, já que são, conforme afirma Alexandre Santos de Aragão:

(...) são obrigadas a possuir um regulamento de licitação para a celebração de seus contratos (art. 17, Lei Federal nº 9637/98); a elas podem ser cedidos, não apenas bens (art. 12, Lei Federal nº 9637/98), como servidores públicos (art. 14, Lei Federal nº 9637/98); há uma série de normas que estabelecem minúcias quanto ao conteúdo dos seus atos sociais (arts. 1 a 5º, Lei Federal nº 9637/98), merecendo destaque, como denotador da sua integração à Administração Pública descentralizada, o preceito pelo qual de vinte a quarenta por cento dos membros do seu Conselho de Administração devem ser representantes do Poder Público (art. 3, I, “a”, Lei Federal nº 9637/98).²¹³

As pessoas qualificadas como organizações sociais devem observar três fundamentos principais: 1) devem ter personalidade jurídica de direito privado; 2) não podem ter fins lucrativos; 3) devem destinar-se ao ensino, à cultura, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à preservação do meio ambiente (art. 1º, Lei 9637/98).²¹⁴

Muito se debate sobre a possibilidade dos Ministérios competentes poderem livremente escolher qualquer das organizações sociais qualificadas para operar na sua área de atuação, já que o contrato de gestão, apenas da denominação, não possui natureza contratual,²¹⁵ e por isso, não sendo obrigatório a licitação para celebração de contratos, conforme preceitua o art. 24, XXIV, que dispensa a licitação para celebração de contratos de gestão com organizações sociais.²¹⁶

No entanto, deverá o órgão público contratante realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação em decorrência

²¹³ Idem, 38.

²¹⁴ CARVALHO FILHO; Op. cit, nota 137, p. 331.

²¹⁵ O que existe propriamente dito é a realização de um convênio, já que, embora sejam pactos bilaterais, não há contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral, mas apenas alcance de objetivos comuns.

²¹⁶ ARAGÃO. Op. Cit., nota 155, p. 39

dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação (arts. 37 a 70, CF/88 e art. 7º, Lei 9637/98).

Uma vez desqualificada como organização social após processo administrativo, os dirigentes são solidariamente responsáveis pelos danos causados ao Poder Público, impondo-se ainda a reversão dos bens usados sob permissão e a devolução dos recursos alocados à entidade, sem prejuízo de outras sanções.²¹⁷

Como existe possibilidade de recebimento de recursos financeiros do Poder Público, a lei exige que cabe a este exercer a fiscalização das atividades e proceder ao exame da prestação de contas, conforme o artigo 8º da lei federal em análise. Quando detectada alguma irregularidade deverá o Tribunal de Contas ser comunicado, sob pena de responsabilização do agente fiscalizador.

Chama atenção o fato de que não é necessário demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie para realização do contrato de gestão, bastando a concordância do Ministro da área ou até mesmo do titular do órgão que supervisione.

Deve-se frisar que esta lei foi editada para incidir sobre serviços públicos federais, devendo os demais entes da federação editar seus próprios diplomas com vistas à maior descentralização de suas atividades.

O Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 5498, de 07 de julho de 2009, regulando a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais mediante contrato de gestão, e posteriormente, editou a Lei 6043, de 19 de setembro de 2011, no versando sobre as organizações sociais no âmbito da saúde. A Lei nº 5498/09 foi regulamentada pelo Decreto nº 42.506/2010 e posteriormente alterado pelo Decreto nº 42.882 em 2011. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro tem ocorrido ênfase em contratos de gestão na área da saúde, não tendo ocorrido a atuação de organizações sociais na área da regularização fundiária.

4.3 Gestão por colaboração: termos de parcerias com OSCIPs

²¹⁷ CARVALHO FILHO. Op. Cit., nota 137, p. 332

A Lei nº 9790/99 criou a figura das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, destinadas às pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos que, uma vez assim qualificadas, podem, mediante a celebração de “Termo de Parceria” para execução de um projeto (art. 9º e 10), utilizar bens e recursos públicos.²¹⁸ Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3100/99.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro as OSCIPs:

(...) são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, sem objetivo de lucro; desempenham serviços sociais não exclusivo do Estado, porém, com a colaboração dele; por essa razão, sujeitam-se a controle de resultados pela Administração Pública, com a colaboração da própria sociedade, e ao controle do Tribunal de Contas no que diz respeito à aplicação de recursos públicos; seu regime jurídico é predominantemente de Direito Privado, porém, parcialmente derogado por normas de Direito Público, especialmente no que diz respeito ao controle. As atividades que exercem não são serviços públicos; mas são atividades de interesse público que o Estado se limita a fomentar.²¹⁹

A qualificação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I - promoção da assistência social;
- II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII - promoção do voluntariado;
- VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

²¹⁸ ARAGÃO. Op. Cit., nota 155, p. 40

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares*. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo (coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 436

Comparadas com as organizações sociais, as OSCIPs assumem uma função de parceira do poder público e não de substitutas dele. Preferiu a lei traçar várias categorias de pessoas jurídicas que não podem se qualificar como OSCIPs: as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

As organizações da sociedade civil de interesse público, na busca de seus objetivos podem cooperar com o Poder Público de três maneiras: 1) através da execução direta de projetos, programas e planos de ação; 2) pela entrega de recursos humanos, físicos e financeiros; e 3) pela prestação de atividades de apoio a outras entidades sem fins lucrativos.²²⁰

Alguns pontos podem ser salientados quanto a diferenciação das organizações sociais das organizações da sociedade civil de interesse público. Enquanto na primeira é exigida a participação de agentes públicos nos conselhos de Administração, não existe essa ingerência nas OSCIPs. Nesta última para a formalização da parceria é firmado um termo de parceria enquanto nas organizações sócias é firmado um contrato de gestão.

O Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 5501, em 07 de julho de 2009, regulamentando a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como organização da sociedade civil de interesse público, bem como publicou através da Procuradoria do Estado minuta padrão de contrato de parceria.

²²⁰

CARVALHO FILHO. Op. Cit., nota 137. p. 336

4.4 Da escolha de delegação de serviço público para efetivar a regularização fundiária

Para buscar o modelo de delegação de serviço público para efetivar a regularização fundiária, necessário se faz reforçar algumas ponderações acerca da necessidade de efetivar a regularização fundiária no Estado Brasileiro.

Até este momento o que foi dito se baseou na constatação de déficits sociais e econômicos por uma decorrência histórica determinando uma crise de financiamento do Estado desde a década de oitenta, impossibilitando o investimento necessário em obras de infra-estrutura e de serviços públicos, e o conseqüente avanço nas diversas espécies de delegação de serviços públicos.

Ultrapassado um período de desestatização, nas décadas de oitenta e noventa, com a delegação de serviços públicos à iniciativa privada, no qual estes podiam representar grande potencial de lucratividade, possibilitando a desnecessidade de suporte financeiro por parte do Estado e o pagamento de uma outorga estabelecida na licitação, o que se apresentou no cenário brasileiro foi um Estado mais leve e com mais recursos para investimento em atividades prestacionais insuscetíveis de exploração lucrativa pela iniciativa privada.²²¹

Porém, a desestatização mencionada não se mostrou eficiente para evitar a manutenção de uma crise fiscal, devido à dívida interna e externa. O questionamento que se apresenta é: como superar esta crise fiscal? Para Alexandre Santos Aragão²²² a solução é o crescimento do país, que deve vir acompanhado de reformas e ampliação de infra-estrutura.

Entretanto, mais uma vez o Estado esbarra em outro problema: como realizar o investimento em infra-estrutura se o mesmo não possui condições de financiamento.

A quase ausência de investimento em infra-estrutura, possibilitou um caos no meio urbano, fazendo proliferar loteamentos irregulares e clandestinos, favelização, ausência de saneamento básico em algumas regiões, poluição generalizada, proliferação de lixões, precariedade nas vias de escoamento da produção, etc.

²²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XVII, 2006. p.51-52.

²²² Idem, p. 52.

A tentativa do Estado em diminuir o déficit apresentado foi à instituição de novas modalidades de delegação de serviços públicos como a instituição da parceria público-privada, que em uma tentativa de divisão de custos para a instalação de infra-estrutura era necessária para o crescimento brasileiro, já que o Estado Brasileiro como narrado, não possuía recursos financeiros para fazê-lo e a iniciativa privada não interessava o investimento isolado em virtude da tarifa ser insuficiente, ou até mesmo inexistente, para cobrir os custos e alcançar o lucro.

Por outro lado, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) tendo estabelecido as diretrizes da política urbana visando atender aos seus objetivos, principalmente os traçados nos incisos I, III, IV e V, do artigo 2º do referido Estatuto, traçou vários instrumentos jurídicos e políticos dispostos, porém, com alguns empecilhos para sua efetividade.

A ordenação da cidade e o cumprimento de sua função social passa por uma adequação da regularização fundiária do território, que inclua, inclusive, correta ordenação não apenas de titulação mas de urbanização.

Mas como efetivar tal regularização fundiária se existe carência técnica e financeira no Estado para sua implementação? Através de ajustes com o setor privado.

Sabendo que a regularização fundiária não poderia ser qualificada como espécies de prestação de serviços públicos econômicos, ou seja, que são reservados ao Estado, porém, são capazes de gerar lucro mediante pagamento de tarifas por seus usuários; somente seria possível enquadrar a regularização fundiária como uma possibilidade de delegação serviços públicos sociais. Sendo assim, somente seria possível aventar a utilização de três hipóteses: parceria público-privada na espécie de concessão administrativa, contrato de gestão com organizações sociais e termos de parceria com as OSCIPs.

Quanto as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público estas estão incluídas no rol de legitimados a promover a regularização fundiária, conforme expressa o art. 50, da Lei nº 11.977/09:

Art. 50. A regularização fundiária poderá ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e também por:
I– seus beneficiários, individual ou coletivamente; e
II– cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária.

Tais legitimados poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive os atos de registro, conforme o parágrafo único do mesmo artigo que foi incluído pela Lei nº 12.424, de 2011. Desta forma, a lei abriu a oportunidade de que todas as etapas para a regularização fundiária através da legitimação da posse tivesse a atuação efetiva de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, inclusive a participação na elaboração do projeto de regularização fundiária (art. 51 da Lei nº 11.977/09).

Deve-se salientar que no que diz respeito às organizações sociais, a Lei nº 9637/98 se refere apenas aos contratos de gestão com a União, devendo os demais Entes Federativos editarem suas leis específicas.

No que diz respeito a cidade do Rio de Janeiro, foi editada a Lei nº 5026 de 19 de maio de 2009, bem como criada a Comissão de Qualificação de Organizações Sociais – COQUALI, estabelecida pelo Decreto nº 30.780, de 2 de junho de 2009, na qual qualificou organizações em áreas da saúde, esporte e meio ambiente.²²³

Por seu turno o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 5498 de 07 de julho de 2009 dispondo sobre a qualificação das entidades sem fins lucrativos como das organizações sociais no âmbito do Estado. Posteriormente, foi editado para regulamentar a lei mencionada o Decreto nº 42506/2010 bem como o Decreto nº 42882/11 que realizou algumas alterações no primeiro Decreto.

Concernente as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº nº 5.501, de 07/07/09, bem como elaborou através de sua Procuradoria proposta de minuta de termo de parceria²²⁴.

No entanto, algumas lesões a princípios constitucionais da Administração Pública podem ocorrer na contratação de organizações sociais e OSCIPs.

A primeira que pode ser elencada é o fato de que a escolha da organização social poderá ser livre dentre aquelas que operar na área de atuação em questão, já que o contrato de gestão, não possui natureza contratual, não se aplicando a obrigatoriedade da licitação, conforme o art. 24, XXIV, Lei nº 8666/93.

²²³ RIO DE JANEIRO (RJ). Secretaria Municipal da Casa Civil. Relação de OS qualificadas no âmbito da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro: Lei n.5.026, de 19 de maio de 2009. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/cvl/exibeconteudo?article-id=673798>>. Acesso em 23 fev. 2012

²²⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Minuta Padrão Termo Parceria OSCIPs*. Disponível em <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=755721>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

Outra crítica que pode ser levantada quanto as organizações sociais, é o fato de que não será necessária a comprovação da habilidade técnica da organização, cabendo apenas ao Ministro a escolha.

Para Di Pietro, as organizações sociais somente se enquadrariam adequadamente aos princípios constitucionais, se no mínimo: exigir licitação para a escolha da entidade; b) comprovar se a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos para uma pessoa jurídica se constituir; c) demonstrar que a OS tem qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público; d) submeter-se aos princípios da licitação; e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados; f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos.²²⁵

Outra crítica que pode ser levantada tanto concernente as organizações sociais quanto as OSCIPs reside no fato de que não existe regulamentação do processo administrativo que irá qualificar as entidades privadas.

Por último, pode-se salientar que para atender a um contrato amplo que envolva todas as etapas de regularização fundiária, inclusive com a confecção das obras de infra-estrutura necessária à área, deverá o setor privado ter meios técnicos adequados para tal, não devendo repassar para terceiros a atribuição que foi estipulada pelo Poder Público sob pena de não efetivar de modo adequado a regularização. Dificilmente seria possível as organizações sociais e as organizações sociais civis de interesse público conjugarem todo corpo técnico necessário para cumprimento do contrato em análise.

Outra possibilidade de utilização de efetivar a regularização fundiária como uma hipótese de delegação serviços públicos sociais seria a utilização da parceria público-privada através da espécie concessão administrativa, já que não se trata de hipótese de cobrança de tarifa.

A urbanização necessária através de obras para implantação do sistema viário e da infraestrutura básica do local objeto de regularização fundiária de interesse social, deverá ser feita pelo Poder Público, diretamente ou por meio de seus concessionários, conforme o artigo 55, da Lei nº 11977/09.

²²⁵

DI PIETRO. Op. Cit., nota 95, p. 421

Esta infraestrutura poderá ser implementada através de um contrato de parceria público-privada (PPP) caso atenda os requisitos da Lei na modalidade de concessão administrativa.

Pensar em parceria público-privada para efetivar as diretrizes do Estatuto da Cidade, e consequentemente, a efetividade da regularização fundiária é antes de tudo identificar que caberá principalmente aos Municípios um esforço político na tentativa de estipular lei local acompanhando a Lei nº 11.079/2004, uma vez cabe a este Ente da Federação, conforme determinado pela Lei 10.257/2001, a estipulação de Plano Diretor, que orientará a atuação do poder público e da iniciativa privada na construção dos espaços urbano e rural na oferta dos serviços públicos essenciais, visando assegurar melhores condições de vida para a população.

Contudo, apenas alguns Municípios de grande porte poderão fixar individualmente contratos de parceria público-privada, principalmente, em virtude da vedação da regra geral de que os contratos não deverão ser inferiores a vinte milhões de reais.

Desta forma, o modo mais fácil de alcance dos municípios de pequeno e médio porte estabelecerem contratos de PPP, seria a criação primeiramente de consórcio intermunicipais, para a superação de alguns obstáculos como a impossibilidade técnica, bem como a necessidade de racionalizar custos.

Não obstante a necessidade de organização dos Municípios para a fixação de contratos de parceria público-privada, não se pode esquecer que mesmo que o contrato de PPP celebrado seja pela União ou por Estado-membro, estará possibilitando a ordenação de uma política urbana, uma vez que os planos urbanísticos devem ser interligados em esfera nacional, estadual e local (com os planos diretores), garantindo efetivo planejamento e diminuição dos déficits deixados pelo Estado ao longo da história.

Seria possível para atender as demandas por infra-estrutura sem disponibilizar capital público nos contratos de PPP, a estipulação de contrapartida que envolva a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais (os bens que comportam uma função patrimonial ou financeira, pois destinam a assegurar rendas ao Estado), previsto no inciso IV do artigo 6, da Lei 11.079/2004, que poderia ser feita através da concessão de um direito de superfície ou na forma de concessão de direito real de uso.

Com esta possibilidade, principalmente de concessão de direito de superfície é possível sua utilização em projetos habitacionais de interesse social, cuja contrapartida seria

cessão temporária e voluntária do domínio de determinada área pública de interesse do parceiro privado para, por exemplo, a instalação de uma fábrica, fazendo com que este tenha diminuição nos custos do empreendimento, devido à desnecessidade de aquisição do terreno.

Outra possibilidade de contrapartida possível de ser estipulada em contrato de parceria público-privada seria a concessão de outorga onerosa do direito de construir, autorizando o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, em troca investimentos privados em infra-estrutura.

No entanto, o que se propõe é no sentido que o contrato de concessão administrativa envolva inclusive o levantamento preliminar da área e a consequente elaboração do projeto, não necessitando a realização de licitação diversa, como realizado no Estado do Rio de Janeiro, mencionado anteriormente. Seria realizado pelo parceiro privado a execução completa da regularização envolvendo uma adequação urbanística com a execução de obras de infra-estrutura no local, bem como a realização da adequação da titulação cartorária da área.

Poderá ainda o Poder Público publicar edital de manifestação de interesse cujo objeto seria a regularização fundiária ampla de determinada área, sendo estipulado como obrigação a elaboração tanto de projetos de infra-estrutura necessários a uma urbanização adequada quanto a elaboração do levantamento das titulações dos imóveis da área. Deste modo, como o ente privado irá arcar com os custos, desonerará o Ente Público como retirará de órgãos públicos sem pessoal qualificado o encargo na elaboração dos projetos.

Após esse levantamento preliminar, poderá ser licitada a contratação de PPP que executará a regularização fundiária com a execução das obras de infra-estrutura e a realização da regularização cartorária através da legitimação da posse. Deverá ser criado órgão específico no Ente Federativo com o objetivo de fiscalizar o andamento da regularização cartorária, para que nos imóveis que não seja possível a legitimação da posse, seja feito o andamento adequado pela Administração Pública. Tais impedimentos ficariam restritos aos imóveis públicos no qual a destinação mais adequada seria a concessão de direito real de uso para fins de moradia ou doação, e dos imóveis privados em que os proprietários impugnarem a legitimação, no qual se deveria através da Defensoria Pública propor usucapião judicial.

Para que seja possível esta proposta, a Lei nº 11.977/09 deveria possibilitar a inclusão de parceiros privados na modalidade de concessão administrativa entre os legitimados à

promover a regularização fundiária. Possibilitando atuar não apenas nas execução das obras de infra-estrutura, mas em todas as etapas da regularização, incluindo a elaboração do projeto.

CONCLUSÃO

O Estado teve seu perfil diferenciado ao longo da história, e sua análise passa por uma dicotomia entre o público e o privado, ou seja, as interfaces de interesses envolvidos em uma sociedade. Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, pretendeu-se a criação de um Estado sem atuar na economia, ressalvada sua atuação nos casos de relevante interesse econômico e de segurança nacional, que deverão ser definidos em lei.

Com a influência da globalização somada à ideia de que Poder Estatal atuaria na regulamentação do mínimo necessário para a garantia da lei e da ordem pública, acabou por estabelecer grandes desequilíbrios sociais, altas taxas de desemprego, alta fragmentação social e instabilidades devido à ampla abertura ao mercado internacional. O questionamento que teve que ser feito neste momento era qual seria o real papel a ser desempenhado pelo Estado.

Este novo papel a ser desempenhado nos espaços públicos teve que ser, necessariamente, realizado através de uma formalização de delegação em face da falência estatal, oferecendo espaço para um Estado regulador, ocasionando redução do papel econômico do Estado, privatização de empresas públicas, diminuição dos poderes regulatórios, liberalização dos setores anteriormente sujeitos ao regime exclusivo público e privados, limitação ou eliminação de serviços públicos e o fomento da concorrência nacional e internacional.

Para firmar ajustes entre os setores público e privado, visando atender ao desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país, necessária se fez a introdução de novas diretrizes instrumentalizadas por meio de novas formas jurídicas. Deste modo, várias legislações surgiram para atender este novo cenário, Lei de Licitações, Lei de Concessões, Lei da Parceria Público-privada, etc.

Mesmo após as desestatizações feitas durante a década de noventa, o Estado estava diante de em crise fiscal e submetido a uma grave dívida interna e externa taxada com juros da magnitude que toda a população tinha conhecimento, somado à frustração da população não ter serviços públicos básicos oferecidos pelo Estado, ou quando oferecidos em situação precária não conseguiu superar a instabilidade que se encontrara.

A consequência na cidade foi a ocorrência desenfreada de favelização, loteamentos irregulares, urbanização inadequada e como resultado, a não efetivação do direito à moradia e

o não cumprimento da função social da propriedade e da posse, garantidos constitucionalmente.

Diante desta nova demanda da sociedade, a legislação foi ampliada. A legislação sobre a urbanização no Brasil não é algo recente, tendo, inclusive, o legislador Constitucional destinado capítulo específico à Política Urbana na Carta de 1988; porém, o que se mostrou na prática é que a referida legislação não possuiu efetividade em face da maciça ausência em infra-estrutura que acarretou graves problemas urbanísticos.

A criação do Estatuto da Cidade visou estabelecer diretrizes no sentido de fornecer a ordenação através da criação de uma política urbana. Porém, como garantir efetividade aos instrumentos previstos nesta legislação se o Estado continuava a contribuir, face ao parco investimento em infraestrutura, para o surgimento de novos problemas urbanísticos.

O grande foco que se apresentou neste trabalho foi adequar uma regularização fundiária ampla, que incluía a criação da infra-estrutura urbana necessária para garantir a dignidade da pessoa humana, bem como a regularização cartorária dos imóveis inseridos em locais urbanos em situações de baixa renda com a atuação de parcerias com o setor privado.

A proposta que se determinou foi a utilização do instrumento da legitimação da posse trazida pela Lei nº 11.977/09 para a realização da regularização fundiária em um procedimento extrajudicial que possibilitará após o lapso temporal de 5 (cinco) anos a concessão do direito de propriedade.

No entanto, deve-se ressaltar que o Estado ainda não superou sua falência fiscal, e que para suprir as demandas da sociedade tem se aliado com o setor privado. Em sede de regularização fundiária, como não será possível suprir toda a demanda apenas com a atuação pública, deverá também contar com a atuação do setor privado. Porém, com a impossibilidade de cobrança de tarifas, somente será possível a atuação do setor privado através de contratos de gestão com organizações sociais, termos de parcerias com OSCIPs e concessões administrativas através da parceria público-privada.

Nas duas primeiras atuações do setor privado enumeradas anteriormente, a Lei nº 11.977/09 já concede legitimidade as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público para promoverem a regularização fundiária. Porém, críticas quanto a esses dois modelos, como a não obrigatoriedade de escolha da organização social através de licitação, bem como a impossibilidade técnica de cumprimento de um contrato que envolva

todas as etapas da regularização fundiária, demonstram que estes não devem ser os modelos mais adequados.

Deste modo, o modelo de parceria público-privada, com suas peculiaridades de licitação e contratação, bem como o convívio da mencionada lei com as demais leis de contratação pública, além do respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, demonstraram que seria possível um novo cenário de investimento que pudesse atender as antigas demandas por infraestruturas, que devido a sua ínfima existência, ao longo da história, acabou por ocasionar muitos problemas de urbanização.

O contrato de regularização fundiária com o parceiro privado através de uma concessão administrativa deverá envolver todas as etapas desta. O Poder Público deverá publicar edital de manifestação de interesse cujo objeto seria a regularização fundiária ampla de determinada área, sendo estipulado como obrigação a elaboração tanto de projetos de infraestrutura necessários a uma urbanização adequada quanto a elaboração do levantamento das titulações dos imóveis da área. Deste modo, como o Ente Privado irá arcar com os custos, desonerará o Ente Público, assim como retirará de órgãos públicos sem pessoal qualificado o encargo na elaboração dos projetos.

Após esse levantamento preliminar, poderá ser licitada a contratação de PPP que executará a regularização fundiária com a execução das obras de infra-estrutura e a realização da regularização cartorária através da legitimação da posse. Deverá ser criado órgão específico no Ente Federativo com o objetivo de fiscalizar o andamento da regularização cartorária, para que nos imóveis que não seja possível a legitimação da posse, seja feito o andamento adequado pela Administração Pública. Tais impedimentos ficariam restritos aos imóveis públicos no qual a destinação mais adequada seria a concessão de direito real de uso para fins de moradia ou doação, e dos imóveis privados em que os proprietários impugnarem a legitimação, no qual se deveria através da Defensoria Pública propor usucapião judicial.

Por fim, se propõe ainda que para desonerar o Estado se deveria conceder ao parceiro privado, através da utilização do próprio Estatuto da Cidade, uma contraprestação interessante a este parceiro, com a utilização de certos instrumentos jurídicos previstos no referido Estatuto.

Seria possível para atender as demandas por infra-estrutura sem disponibilizar capital público nos contratos de parceria público-privada, a estipulação de contrapartida que envolva

a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e a concessão de outorga onerosa do direito de construir, atendendo a interesses de ambos os contratantes.

É necessário que todos se conscientizem que o papel do Estado tem que ser visto por um outro enfoque. Para isso é necessária uma conjugação de esforços no sentido de proporcionar o desenvolvimento e a garantia dos direitos fundamentais que vem sendo afetados em face da quase ausência de infraestrutura proporcionada pelo Estado. Porém, não será apenas com a criação de novos modelos de contratação administrativa, nem mesmo a criação de instrumentos de ordenação urbana que a sociedade conseguirá diminuir o déficit histórico. Somente vivenciando uma interpretação e aplicação conjunta dos instrumentos jurídicos a disposição do Estado, aliada a vontade política, que poderá ser garantido o desenvolvimento prometido à população brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALFONSIN, Betânea de Moraes. *Direito urbanístico e política urbana no Brasil: políticas de regularização fundiária, impactos e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XVII, 2006.

_____. As parcerias público-privadas: PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1. n. 240, p. 106, abr.jun/2005.

_____. Delegações de serviço público. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 16, p. 03 Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2012.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A posse de bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XXI.

CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra. *Revista Eletrônica Histórica*, [s.l.], n. 2, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHALHUB, Melhim Namem. *A propriedade pela via da legitimação de posse*. No prelo.

_____. Usucapião administrativa. *Revista IDEAL – Direito Notarial e Registral*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.melhimchalhub.com/artigos12.htm>> Acesso em: 22 fev.2012.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/04/st09/st09206.pt04.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2006.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão do patrimônio imobiliário na administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno: estratégia para uma outra mudança*. Brasília: FUNCEP, 1989.

DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Desapropriação para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirizações e outras formas*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do Estado: uma visão autopoietica. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.62.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19 ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIRA, Ricardo Pereira. A questão urbano-ambiental. In: Conferência Nacional dos Advogados, 20., 2008, Natal. *Anais...* Natal: Conferência Nacional dos Advogados, 2008.

_____. Direito à habitação e Direito de Propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 6/7, 1999. p. 81

_____. Direito Urbanístico, Estatuto da cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (orgs.). *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Entre o legal e o ilegal: direito e cidade. In: Encontro nacional da ANPUR, 14., 2011, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Encontro nacional da ANPUR, 2011.

LODE, João Bosco. *Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

LOPES, Cacilda. *As influências das legislações de parcelamento do solo na produção dos espaços urbanos*. 2001. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Marina Monteiro; MOTA, Maria Sarita. In: MOTTA, Márcia e GUIMARÃES, Elione. *Propriedades e disputas: fontes para a história do oitocentos..* Guarapuava: Unicentro; Niterói: EDUFF, 2011.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O instituto da legitimação da posse no Direito Brasileiro: panorama atual e perspectivas*. Disponível em <<http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art71.html>>. Acesso em 06 jan. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade*. São Paulo: Revista de Direito Público, 1987.

MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988. 4 t.

MONTEIRO, Vera. *Legislação de parceria Público-Privada no Brasil: aspectos fiscais desse novo modelo de contratação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico*. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4.,2001, Coimbra. *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra, 2001.

MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Prefácio. In: SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no Código Civil. In: MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino (coords.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada: o novo paradigma da propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão de conflitos, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009.

NAMBLARD, Corinne. Para um enfoque pragmático da parceria público-privada. In: CHATELUS, Gautier; PERROT, Jeas-Yves (dir.). *Financiamento das infra-estruturas e dos serviços coletivos: o recurso à parceria público-privado os exemplos da experiência francesa no mundo*. Paris: Daei, 1994.

NÓBREGA, Airton Rocha. Parcerias público-privadas: mais uma inútil proposição legislativa? *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.10, 2004, p. 1137.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?* Disponível em: <<http://dl.dropbox.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, César A. Guimarães; CARDOSO, André Guskow; SCWIND, Rafael Wallbach. As leis estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POLTRONIERI, Renato. *Parceria público-privada e a atuação administrativa: reflexões sobre a instituição de parcerias entre a administração pública e o setor privado e os contratos administrativos aplicáveis a esta forma especial de concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2000.

ROSA, Marizélia Peglow. *A função social da posse, no Direito Brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez. 2009/fev. 2010. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2012.

SMITH, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations. Biographique par Adolphe Blanqui*. Traduction de German Garnier revié et precede d` une notice. Paris: Guilhaumin, p. 188.

SAULE JR., Nelson. *O Direito à Cidade e a Revisão da Lei de Parcelamento do Solo Urbano*. Disponível em: <http://www.ibdu.org.br/imagens/O_DIREIT.PDF>. Acesso em: 20 dez. 2011.

SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. Regulação por Autoridades independentes. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 56, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, Walter Elycio Borges. *Regularização fundiária de interesse social: novos rumos da ordem jurídica brasileira e universalização do acesso à moradia digna*. Disponível em: <<http://www.iterj.rj.gov.br/doc/NovosRumosRegularizacaoFundiaria.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2011

TEPEDINO Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 844.

ZUGNO, Renato. *Espaços públicos compartilhados entre a administração pública e a sociedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direitos das coisas*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXO A – PORTARIA CGJ No. 207, de 23/11/2009 (ESTADUAL) DJERJ, ADM 57 (32)
– 26/11/2009

PORTARIA CGJ N° 207/2009

CONSIDERANDO o artigo 44, incisos XX, bem como o artigo 17, parágrafo 3º do

CODJERJ, que dispõe que a Corregedoria funciona como órgão de disciplina e correição dos serviços judiciais de primeira instância e extrajudiciais; CONSIDERANDO processo administrativo nº 2009/136033, o parecer de fls. 79/86, decisão do Exmo. Corregedor Geral da Justiça de fls. 87 e o Provimento nº 65/2009; CONSIDERANDO a edição da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009 e o conseqüente estabelecimento de uma política nacional de regularização fundiária, bem como a criação de parâmetros para a aquisição de habitação por pessoas de baixa renda; CONSIDERANDO os direitos constitucionais fundamentais à dignidade da pessoa humana e à moradia esculpidos nos artigos 1º, inciso III, e 6º, da Constituição da República; CONSIDERANDO o princípio da veracidade que informa a normatização sobre registros públicos, bem como a necessidade dos assentamentos registrares revelarem ocupação e titulação real das áreas, notadamente aquelas de relevante interesse social.

RESOLVE:

Art. 1º. A atuação dos registradores de imóveis no procedimento extrajudicial de legitimação da posse, instituído pela Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, regula-se por esta portaria.

Parágrafo único. Não se aplica a presente portaria, a regularização fundiária de imóveis de propriedade do Poder Público ou regulada por outra lei.

Art. 2º. Os Ofícios de Registro de Imóveis do Estado Rio de Janeiro receberão o requerimento auto de demarcação urbanística elaborado pelo Poder Público, na forma do artigo 56 e que atendam aos requisitos do artigo 59, ambos da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.

Parágrafo único. Os procedimentos de averbação da demarcação urbanística regulados nesta portaria terão prioridade.

Art. 3º. Recebidos do Poder Público o requerimento de averbação, o registrador o atuará como PROCEDIMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA e verificará se está acompanhado dos seguintes documentos:

I - planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas

medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição e a indicação do proprietário, se houver;

II - planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante no registro de imóveis;

III - as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

IV - as medidas necessárias para promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

V - certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes;

VI - certidão passada pelo ente estadual competente de que a área pertence ao patrimônio do Estado do Rio de Janeiro, ou a uma de suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, se for o caso;

VII - cadastro dos ocupantes, do qual conste a natureza, qualidade e tempo da posse exercida, acrescida das dos antecessores, se for o caso;

VIII - declaração dos ocupantes de não serem possuidores ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;

IX - as condições para promover a segurança da população em situações de risco;

X - minuta do Edital de notificação, na forma do artigo 4º. Parágrafo único. Havendo exigência a ser satisfeita, o registrador comunicará o Poder Público, solicitando a complementação dos documentos, observados os termos do artigo 198, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Art. 4º. Estando completa a documentação do requerimento de averbação, ou informada pelo Poder Público a impossibilidade de cumprir eventual exigência, o registrador elaborará o edital de convocação conforme a minuta apresentada pelo Poder Público e oficiará a Corregedoria Geral da Justiça, encaminhando original e cópia do requerimento, bem como dos documentos que o instruírem.

§ 1º. Constará do requerimento solicitação para notificação pessoal dos proprietários da área cuja posse será legitimada, indicados pelo Poder Público, e para republicação do edital de notificação previsto no artigo 57, § 2º da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.

§ 2º. A correspondência entre o que constar do auto de demarcação urbanística e a ocupação efetiva da área cuja posse será legitimada, ou dos registros de propriedade, é de responsabilidade do Poder Público requerente.

§ 3º. Serão notificadas pessoalmente pela Corregedoria Geral da Justiça, as pessoas que constem como proprietárias no Registro de Imóveis, nos endereços indicados no registro ou matrícula.

Art. 5º. Recebido o ofício previsto no artigo 2º, será registrado na Corregedoria Geral da Justiça como Procedimento de Regularização Fundiária.

§ 1º. A Corregedoria Geral da Justiça expedirá mandados de intimação pessoal dos proprietários indicados no edital.

§ 2º. As diligências serão efetivadas nos endereços informados pelo Poder Público.

Art. 6º. O edital será publicado, em qualquer caso, duas vezes no Diário Oficial estadual pela Corregedoria Geral da Justiça, cabendo ao Poder Público requerente a publicação uma vez em jornal de grande circulação.

Art. 7º. O edital consistirá na intimação dos proprietários que constem dos registros dos imóveis da área cujas posses pretende-se legitimar e eventuais interessados, devendo conter:

- I - O nome do proprietário que conste do registro ou matrícula cuja posse será legitimada;
- II - O endereço do proprietário que conste do registro ou matrícula;
- III - O número do procedimento de regularização no ofício de registro de imóveis e indicação de todos os documentos referidos no artigo 3º.
- IV - O endereço do cartório de registro de imóveis onde deverão ser apresentadas eventuais impugnações, na forma do artigo tal da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.
- V - A advertência de que se não for apresentada impugnação no cartório de registro de imóveis em 15 dias, será anotada a legitimidade da posse das pessoas indicadas no auto de

demarcação apresentado pelo Poder Público, findo o respectivo processo.

Art. 8º. Havendo apresentação de impugnação, o registrador imediatamente comunicará a Corregedoria Geral da Justiça, que mediará a composição prevista no artigo 57, § 9º da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.

§ 1º. Somente será aceita impugnação apresentada por pessoa que conste no registro ou matrícula como proprietária do imóvel cuja posse será legitimada §2º. A Corregedoria Geral da Justiça intimará o Poder Público a participar da mediação, bem como para a finalidade do artigo 57, parágrafos 6º e 7º da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009;

§ 3º. Passados sessenta dias da intimação do parágrafo anterior e não obtida a composição com o proprietário impugnante, nem apresentada pelo Poder Público a retificação ao auto de demarcação na forma do artigo tal da lei, será arquivada a impugnação e excluída a área impugnada da averbação da demarcação.

§4º. O Procedimento de Regularização Fundiária prosseguirá quanto às áreas não impugnadas.

Art. 9º. Não havendo impugnações, sanadas as que forem apresentadas ou prosseguindo o Procedimento de Regularização Fundiária quanto à parte não impugnada, o registrador abrirá nova matrícula da área do auto de demarcação apresentado pelo Poder Público.

§ 1º. O registrador anotará na nova matrícula da área descrita no auto de demarcação que não há proprietário, salientando que o faz nos termos da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009 e deste provimento.

§ 2º. O registrador averbará nas matrículas e registros anteriores a referência a essa nova matrícula.

§ 3º. Aberta a nova matrícula, não poderão mais ocorrer anotações de transmissão de direitos na matrícula encerrada.

Art. 10 . Aberta a matrícula da área do auto de demarcação, o Poder Público será comunicado para proceder ao exame do projeto de regularização fundiária previsto no artigo 51 da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.

Art. 11. O Poder Público encaminhará ao ofício de registro de imóveis o projeto aprovado de regularização fundiária, que valerá como título de legitimação da posse, e o registrador averbará o referido projeto, anotando a demarcação e, no mesmo momento, o nome do legítimo possuidor de cada lote e fração, apontado pelo Poder Público no auto de demarcação.

§ 1º. Não se averbará a demarcação se não for apresentada simultaneamente a relação dos legítimos possuidores de cada lote e fração identificados no Procedimento de Regularização Fundiária.

§ 2º. A legitimidade fática e jurídica da posse da pessoa indicada no requerimento é responsabilidade do Poder Público solicitante da averbação.

§ 3º. O registro dos legítimos possuidores correspondentes a cada lote e fração poderá ser complementado pelo prazo de um ano, a contar da averbação do projeto, mediante novo levantamento e publicação de novos editais, e, após verificação pela Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 12. Não havendo impugnação no prazo de cinco anos da data da anotação do legítimo possuidor no registro de imóveis, o detentor do título de legitimação da posse, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro em propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do artigo 183 da Constituição Federal de 1988.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 14. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2009.

GUSTAVO QUINTANILHA TELLES DE MENEZES

Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça

ANEXO B - PORTARIA CGJ No. 26, de 25/07/2011 (ESTADUAL)DJERJ, ADM 216 (24) - 27/07/2011

PORTARIA CGJ Nº 26/2011

O Desembargador ANTONIO JOSÉ AZEVEDO PINTO, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no desempenho das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 44, inciso XX do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro :
CONSIDERANDO a edição da Lei 12.424 , de 16 de junho de 2011, alterando dispositivos da Lei 11.977/2009 , que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida;
CONSIDERANDO a alteração de dispositivos que regem o procedimento a ser observado pelos Serviços de Registro de Imóveis para fins de averbação do auto de demarcação urbanística e de registro do projeto de regularização fundiária;

CONSIDERANDO a necessidade de atualização da Portaria CGJ nº 207/2009 , cujas regras precisam ser adaptadas às novas determinações legais;
CONSIDERANDO o que ficou decidido no processo nº 2011/137316 ;

RESOLVE:

Art. 1º. A atuação dos Serviços de Registro de Imóveis no procedimento extrajudicial de legitimação de posse, instituído pela Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, regula-se por esta portaria.

Parágrafo único. Não se aplica a presente Portaria à regularização fundiária de imóveis de propriedade do Poder Público ou regulada por outra lei.

Art. 2º. Os Ofícios de Registro de Imóveis do Estado Rio de Janeiro receberão o requerimento de averbação do auto de demarcação urbanística elaborado pelo Poder Público, na forma do artigo 56 da Lei 11.977/2009.

Parágrafo único. Os procedimentos de averbação da demarcação urbanística regulados nesta Portaria terão prioridade.

Art. 3º. Recebido do Poder Público o requerimento de averbação, o Oficial Registrador o autuará como PROCEDIMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA e verificará se está acompanhado dos seguintes documentos:

I - planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, indicação dos proprietários identificados e ocorrência de situações mencionadas no inciso I do § 5º do artigo 56 da Lei 11.977/2009;

II - planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e, quando possível, com a identificação das situações mencionadas no inciso I do § 5º da Lei 11.977/2009;

III - as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

IV - as medidas necessárias para promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

V - certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes;

VI - certidão passada pelo ente estadual competente de que a área pertence ao patrimônio do Estado do Rio de Janeiro, ou a uma de suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, se for o caso;

VII - cadastro dos ocupantes, do qual conste a natureza, qualidade e tempo da posse exercida, acrescida das dos antecessores, se for o caso;

VIII - declaração dos ocupantes de não serem possuidores ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;

IX - as condições para promover a segurança da população em situações de risco;

X - minuta do Edital de notificação, na forma do artigo 4º.

Parágrafo único. Havendo exigência a ser satisfeita, o Oficial Registrador a comunicará ao Poder Público, solicitando a complementação dos documentos, observados os termos do artigo 198 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Art. 4º. Estando completa a documentação do requerimento de averbação, ou informada pelo Poder Público a impossibilidade de cumprir eventual exigência, o Oficial Registrador elaborará o edital de convocação conforme a minuta apresentada pelo Poder Público e oficiará à Corregedoria Geral da Justiça, encaminhando original e cópia do requerimento, bem como dos documentos que o instruírem.

§ 1º. Constará do requerimento solicitação para notificação pessoal dos proprietários e confrontantes da área demarcada, indicados pelo Poder Público, e para republicação do edital de notificação previsto no artigo 57, § 2º da Lei 11.977/2009.

§ 2º. São da responsabilidade do Poder Público requerente as informações prestadas a respeito do auto de demarcação urbanística e da ocupação efetiva da área cuja posse será legitimada, assim como dos registros de propriedade.

§ 3º. Serão notificadas pessoalmente pela Corregedoria Geral da Justiça as pessoas que

constem no Registro de Imóveis como proprietárias e confrontantes da área demarcada, nos endereços indicados no registro ou matrícula.

Art. 5º. Recebido o ofício previsto no artigo anterior, será o mesmo registrado na Corregedoria Geral da Justiça como Procedimento de Regularização Fundiária.

§ 1º. A Corregedoria Geral da Justiça expedirá mandados de intimação pessoal dos proprietários e confrontantes indicados no edital.

§ 2º. As diligências serão efetivadas nos endereços informados pelo Poder Público.

Art. 6º. O edital será publicado, em qualquer caso, duas vezes no Diário Oficial estadual pela Corregedoria Geral da Justiça, cabendo ao Poder Público requerente a publicação uma vez em jornal de grande circulação, observado o prazo de 60 dias entre as publicações.

Art. 7º. O edital consistirá na intimação de eventuais interessados, assim como dos proprietários e confrontantes da área demarcada, os quais não tenham sido encontrados nos endereços constantes do registro imobiliário ou indicados pelo Poder Público requerente, devendo conter:

I - resumo do auto de demarcação urbanística, com a descrição que permita a identificação da área a ser demarcada e seu desenho simplificado;

II - O nome dos proprietários e confrontantes que constem do registro ou da matrícula dos imóveis cuja posse será legitimada;

III - Os endereços dos proprietários e confrontantes que constem do registro ou matrícula;

IV - O número do procedimento de regularização urbanística recebido no Serviço de Registro de Imóveis e indicação de todos os documentos que o instruem.

V - O endereço do Serviço de Registro de Imóveis onde deverão ser apresentadas eventuais impugnações, na forma do artigo 57, § 3º, III da Lei 11.977/2009.

VI - A advertência de que, se não for apresentada impugnação no Serviço do Registro de Imóveis em 15 dias, será averbado o auto de demarcação urbanística para fins do futuro registro do projeto de regularização fundiária e de legitimação de posse das pessoas indicadas pelo Poder Público.

Art. 8º. Havendo apresentação de impugnação, o Oficial Registrador imediatamente a comunicará à Corregedoria Geral da Justiça, que mediará a composição prevista no artigo 57, § 9º da Lei 11.977/2009.

§ 1º. Somente será aceita impugnação apresentada por pessoa que conste no registro ou matrícula como proprietária do imóvel cuja posse será legitimada ou de imóvel confrontante.

§2º. A Corregedoria Geral da Justiça intimará o Poder Público a participar da mediação, bem como para os fins previstos no artigo 57, §§ 6º e 7º da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009.

§ 3º. Passados sessenta dias da intimação mencionada no parágrafo anterior e não obtida a composição com o proprietário impugnante, nem apresentada pelo Poder Público a retificação do auto de demarcação urbanística, na forma do artigo 57, § 7º da Lei 11.977/2009, será arquivada a impugnação e excluída a área impugnada da averbação do auto de demarcação.

§4º. O Procedimento de Regularização Fundiária prosseguirá quanto às áreas não impugnadas.

Art. 9º. Não havendo impugnações, sanadas as que forem apresentadas ou prosseguindo o Procedimento de Regularização Fundiária quanto à parte não impugnada, o Oficial Registrador procederá à averbação do auto de demarcação urbanística nas matrículas alcançadas pela planta e memorial previstos no artigo 56, § 1º, I da Lei 11.977/2009.

§ 1º. Não se averbará o auto de demarcação se não for apresentada simultaneamente a relação dos legítimos possuidores de cada lote e fração identificados no Procedimento de Regularização Fundiária.

§ 2º. A legitimidade fática e jurídica da posse da pessoa indicada no requerimento é responsabilidade do Poder Público solicitante.

§ 3º. O registro dos legítimos possuidores correspondentes a cada lote e fração poderá ser complementado pelo prazo de um ano, a contar da averbação do projeto, mediante novo levantamento e publicação de novos editais, após verificação pela Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 10. Com a averbação do auto de demarcação urbanística, o Serviço de Registro de

Imóveis deverá aguardar a apresentação pelo Poder Público do projeto de regularização fundiária, previsto no artigo 51 da Lei 11.977/2009, para fins de registro.

Art. 11. Após o registro do projeto de regularização fundiária, o Poder Público concederá os títulos de legitimação da posse aos ocupantes cadastrados, os quais serão levados a registro para fins de constituição do direito de moradia, na forma do artigo 59 da Lei 11.977/2009.

Art. 12. Não havendo impugnação no prazo de cinco anos da data do registro do título de legitimação de posse, o seu detentor poderá requerer ao Oficial do Serviço de Registro de Imóveis a conversão da posse em propriedade, ao fundamento de sua aquisição por usucapião, nos termos do artigo 183 da Constituição Federal de 1988, apresentando os documentos previstos no artigo 60, § 1º da Lei 11.977/2009.

Art. 13. A presente portaria entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário, em especial a Portaria CGJ n° 207, de 23 de novembro de 2009.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2.011.

Desembargador

ANTONIO JOSE AZEVEDO PINTO

Corregedor-Geral da Justiça

ANEXO C - Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 131/09

DISPÕE SOBRE MEDIDAS VOLTADAS À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL EM IMÓVEIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DOS DEMAIS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro
Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas disciplinadoras da regularização fundiária de interesse social em imóveis do Estado do Rio de Janeiro, e de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, situados em áreas urbanas ou rurais.

§1º As áreas de interesse social, objeto de regularização e com processos constituídos no Instituto de Terras do Estado do Rio de Janeiro - ITERJ, terão prioridade na regularização fundiária estabelecida pela presente Lei.

§2º A prioridade na regularização fundiária de interesse social dos imóveis do Estado do Rio de Janeiro, e de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, será destinado para projetos de habitação de interesse social, preferencialmente utilizando os instrumentos de concessão de direito real de uso, doação, concessão de uso especial para fins de moradia e direito de superfície

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

I – área urbana: a parcela do território, contínua ou não, incluída nos perímetros urbanos pelo plano diretor ou lei municipal específica;

II – regularização fundiária de interesse social: o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público, que visem a adequar assentamentos informais ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, às conformações legais, 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, desde que os beneficiários sejam famílias com renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos e não sejam proprietárias de outro imóvel;

III – áreas destinadas a uso público: aquelas referentes ao sistema viário, à implantação de equipamentos comunitários, aos espaços livres de uso público, às áreas verdes e a outros logradouros públicos;

IV – equipamentos comunitários: os equipamentos de educação, cultura, saúde, segurança, esporte, lazer e convívio social;

V – infra-estrutura básica: os equipamentos de abastecimento de água potável, disposição adequada de esgoto sanitário, distribuição de energia elétrica e sistema de manejo de águas pluviais;

VI – demarcação de terrenos para fins de regularização fundiária de interesse social: procedimento técnico-administrativo pelo qual o Poder Público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, cadastra e demarca o imóvel, definindo seus limites, área,

localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses;

VII – assentamentos informais: assentamentos urbanos, compreendendo as ocupações e os parcelamentos irregulares ou clandestinos, bem como outros processos informais de produção de lotes, ocupados predominantemente para fins de moradia e implantados sem autorização do titular de domínio ou sem aprovação dos órgãos competentes, em desacordo com a licença expedida ou sem o respectivo registro imobiliário;

VIII – ente público: o Estado do Rio de Janeiro ou qualquer uma de suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

TÍTULO II

DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

CAPÍTULO I

DA IDENTIFICAÇÃO DOS BENS IMÓVEIS ESTADUAIS PARA FINS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

Seção I

Do Inventário dos Imóveis Estaduais

Art. 3º Os bens imóveis do Estado do Rio de Janeiro e dos demais entes da Administração Indireta Estadual devem ser objeto de medidas de identificação, inventário, registro e fiscalização, bem como de regularização das ocupações neles existentes.

Art. 4º Compete aos entes públicos estaduais organizar e manter sistema de informações sobre os seus respectivos bens, que conterà, além de outros dados relativos a cada imóvel:

- I – a localização e a área (localização, área, limites e confrontantes);
- II – a respectiva matrícula no registro de imóveis competente;
- III – o uso dado ao imóvel;

IV – a indicação da pessoa física ou jurídica à qual, por qualquer instrumento, o imóvel tenha sido destinado; e

V – o valor atualizado, se disponível.

Seção II

Da Demarcação de Terrenos para Fins de Regularização Fundiária de Interesse Social

Art. 5º O ente público responsável pela regularização fundiária de interesse social, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e no cadastro dos ocupantes, poderá lavrar auto de demarcação nos seus imóveis.

§1º O auto de demarcação deverá ser instruído com:

I – planta de situação e memorial descritivo da área a ser regularizada, dos quais constem a sua descrição, com suas medidas perimetrais, área total, localização, confrontantes, coordenadas preferencialmente georeferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição e o nome do pretense proprietário, quando houver;

II – planta de situação de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis, quando identificada transcrição ou matrícula do imóvel objeto de regularização fundiária;

III – certidão da matrícula ou transcrição relativa à área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis competente e das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes, quando houver;

IV – certidão passada pelo ente estadual competente de que a área pertence ao patrimônio do Estado do Rio de Janeiro, ou de suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, se for o caso;

V – cadastro dos ocupantes, do qual conste a natureza, qualidade e tempo da posse exercida, acrescida das dos antecessores, se for o caso;

VI – declaração dos ocupantes de não serem possuidores ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§2º As plantas e memoriais mencionados nos incisos I e II do §1º deste artigo devem ser assinados por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA.

Art. 6º Encaminhado o auto de demarcação ao Registro de Imóveis, o oficial, prenotando-o e autuando-o, procederá, no prazo de 30 (trinta) dias, às buscas para identificação de matrículas ou transcrições correspondentes à área a ser regularizada e examinará os documentos apresentados, comunicando ao apresentante, de 1 (uma) única vez, a existência de eventuais exigências para a efetivação do registro.

Art. 7º Inexistindo matrícula ou transcrição anterior e estando a documentação em ordem, o oficial deve abrir matrícula do imóvel em nome do respectivo ente público estadual apresentante e registrar o auto de demarcação, tomando por base a planta e o memorial que o instruem.

Art. 8º Havendo registro anterior, o oficial do registro de imóveis deve notificar pessoalmente o titular de domínio, no imóvel, no endereço que constar do registro imobiliário ou no endereço fornecido pelo ente público, e, por meio de edital, os confrontantes, ocupantes e terceiros interessados, para que, querendo, apresentem, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnação ao registro da demarcação.

§1º Não sendo encontrado o titular de domínio, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, que promoverá sua notificação mediante edital.

§2º O edital conterà resumo do pedido de registro da demarcação, com a descrição que permita a identificação da área demarcada, e deverá ser publicado por 2 (duas) vezes, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, em um jornal de grande circulação local, dele constando o prazo de 15 (quinze) dias para impugnação.

§3º A publicação dos editais de que trata este artigo será feita pelo ente estadual solicitante,

que encaminhará ao oficial do registro de imóveis os exemplares dos jornais que os tenham publicado.

Art. 9º Decorrido o prazo de 15 (quinze) dias sem impugnação, o oficial do registro de imóveis deve abrir matrícula do imóvel em nome do ente público solicitante e registrar o auto de demarcação, procedendo às averbações necessárias nas matrículas ou transcrições anteriores, quando for o caso.

Parágrafo único. Havendo registro de direito real sobre a área demarcada ou parte dela, o oficial deverá proceder ao cancelamento de seu registro em decorrência da abertura da nova matrícula em nome do ente público.

Art. 10. Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis dará ciência de seus termos ao ente público, que terá o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar.

§1º Não havendo acordo entre impugnante e o ente público solicitante, a questão deve ser encaminhada ao juízo competente, dando-se continuidade ao procedimento de registro relativo ao remanescente incontroverso.

§2º Julgada improcedente a impugnação, os autos devem ser encaminhados ao registro de imóveis para que o oficial proceda na forma do art. 9 desta Lei.

§3º Sendo julgada procedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao registro de imóveis para as anotações necessárias e posterior devolução ao poder público.

§4º A prenotação do requerimento de registro da demarcação ficará prorrogada até o cumprimento da decisão proferida pelo juiz ou até seu cancelamento a requerimento do ente público, não se aplicando às regularizações previstas nesta Seção o cancelamento por decurso de prazo.

Art. 11. A partir do registro do auto de demarcação, o Poder Público deve elaborar plano de

regularização fundiária, nos termos do art. 12 desta Lei, a ser licenciado na forma do art. 13 desta Lei.

CAPÍTULO II
DO PROCEDIMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA
DE INTERESSE SOCIAL

Art. 12. A regularização fundiária de interesse social exigirá a análise dominial da área e a elaboração pelo responsável por sua iniciativa de um plano que, além de outros elementos, deverá indicar e definir:

I – as áreas passíveis de consolidação e as parcelas a serem regularizadas ou, quando houver necessidade, relocadas;

II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, quando possível, as outras áreas destinadas a uso público;

III – as medidas necessárias para a garantia da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as formas de compensação, quando for o caso;

IV – as condições para garantia da segurança da população em casos de inundações, erosão e deslizamento de encostas;

V – a necessidade de adequação da infra-estrutura básica;

VI – a forma de participação popular e controle social.

§1º A regularização fundiária de interesse social que envolva apenas a regularização jurídica da situação dominial do imóvel dispensará o plano mencionado no caput deste artigo.

§2º A regularização fundiária de interesse social poderá ser implementada em etapas, sendo que, neste caso, o plano referido no caput deste artigo poderá abranger apenas a parcela do assentamento informal a ser regularizada em cada etapa respectiva.

§3º O conteúdo do plano de regularização fundiária, no que se refere aos desenhos e ao

memorial descritivo, deverá assegurar sempre a indicação e o detalhamento das informações necessárias para o devido registro imobiliário.

Art. 13. A implantação da regularização fundiária dependerá da análise e da aprovação do seu plano, ressalvada a hipótese do §1º do art. 12, bem como da emissão da respectiva licença urbanística e ambiental, quando for o caso.

Art. 14. O fato de não ter sido concluída a regularização jurídica da situação dominial não constitui impedimento à realização de obras de implantação de infra-estrutura básica e de equipamentos comunitários pelo Poder Público.

Art. 15. O plano de regularização fundiária de interesse social observará o disposto na legislação municipal que definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos para a área objeto de regularização.

Parágrafo único. É vedada a regularização de ocupações específicas que, no plano de regularização fundiária de interesse social, sejam identificadas como situadas em áreas sujeitas a inundações, deslizamentos de terra, movimentos de massa rochosa e outras situações de risco.

Art. 16. Na regularização fundiária de interesse social a que se refere esta Lei caberá ao Poder Público, ou a seus concessionários ou permissionários, a implantação ou o aproveitamento, e a manutenção:

I – do sistema viário;

II – da infra-estrutura básica;

III – dos equipamentos comunitários definidos no plano.

Parágrafo Único. Será admitida também, no âmbito da regularização fundiária de interesse social em áreas públicas ocupadas nos termos desta lei a apresentação de projetos de operações urbanas consorciadas, nos termos da Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001

CAPÍTULO III
DA REGULARIZAÇÃO JURÍDICA DA SITUAÇÃO DOMINIAL

Seção I
Dos Pressupostos

Art. 17. O Estado do Rio de Janeiro, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista poderão proceder à regularização jurídica da situação dominial de seus respectivos imóveis, quando ocupados por população carente, utilizando, segundo o perfil sócio-econômico dos ocupantes e as características da área, dentre outros, os instrumentos previstos nos arts. 19 a 30 desta Lei.

Art. 18. É vedada a regularização de ocupações:

- I – que ocorreram após o dia 30 de junho de 2009;
- II – cujos beneficiários possuam renda familiar mensal superior a 5 (cinco) salários mínimos;
- III – cujos beneficiários sejam possuidores, concessionários, superficiários ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;
- IV – que estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança pública ou segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais, das reservas indígenas, das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei.

Seção II

Da Concessão de Direito Real de Uso

Art. 19. Os imóveis dos entes públicos estaduais poderão ser objeto de concessão de direito real de uso, como direito real resolúvel, gratuitamente ou em condições especiais, por tempo certo ou indeterminado, a ser firmada com seus próprios ocupantes, quando naqueles for constatada a existência de:

I - residências construídas ou imóveis ocupados por moradia.

II – estabelecimentos de uso não-residencial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados);

III - imóveis localizados em Zonas Especiais de Interesse Social ou Áreas Especiais de Interesse Social, conforme Lei Municipal prevista no plano diretor ou lei orgânica municipal.

Art. 20. A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, e será registrada e cancelada no Registro de Imóveis.

§1º Desde o registro da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§2º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§3º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

§4º Extingue-se a Concessão de Direito Real de Uso se o concessionário adquirir a propriedade ou a Concessão de Direito Real de Uso de outro imóvel.

Seção III

Da Venda

Art. 21. Os imóveis dos entes públicos estaduais poderão ser alienados aos próprios ocupantes, nas hipóteses dos incisos do artigo 19 desta lei, mediante prévia avaliação, e observados os critérios fixados em regulamento, podendo o pagamento ser efetuado em até 360 (trezentas e sessenta) prestações mensais e consecutivas, observando-se, como valor mínimo da prestação, a quantia correspondente a 10% (dez por cento) do valor do salário mínimo vigente.

Art. 22. As vendas a prazo serão formalizadas mediante escritura pública de compra e venda ou promessa de compra e venda em que estarão previstas, dentre outras, as seguintes condições:

I – garantia, mediante hipoteca, em primeiro grau e sem concorrência, quando for o caso;

II – valor da prestação de amortização, juros e atualização monetária, sendo esta nos termos da legislação federal aplicável destinada a projetos habitacionais populares;

III – pagamento de prêmio mensal de seguro contra morte e invalidez permanente e, quando for o caso, contra danos físicos ao imóvel;

IV – na amortização ou quitação antecipada da dívida, o saldo devedor será atualizado, pro rata die, com base no último índice de atualização aplicado ao contrato, no período compreendido entre a data do último reajuste do saldo devedor e o dia do evento;

V – ocorrendo impontualidade na satisfação de qualquer obrigação de pagamento, a quantia devida corresponderá ao valor da obrigação, em moeda corrente nacional, atualizado pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com aniversário no primeiro dia de cada mês, desde a data do vencimento até a do efetivo pagamento, acrescido de multa de mora de 2% (dois por cento) bem como de juros de 0,033% (trinta e três milésimos por cento) por dia de atraso ou fração;

VI – a falta de pagamento de um número de prestações estabelecido no contrato importará o vencimento antecipado da dívida e a imediata execução do contrato;

VII – obrigação de serem pagos, pelo adquirente, taxas, emolumentos e despesas referentes à venda.

Parágrafo único. A Administração poderá, justificadamente, dispensar o comprador do pagamento de prêmio mensal de seguro e assumir a responsabilidade pelo pagamento das taxas, emolumentos e despesas.

Seção IV

Da Doação

Art. 23. Para os fins perseguidos por esta lei, os bens imóveis dos entes públicos estaduais poderão ser doados a:

I – União, Municípios, fundações públicas e autarquias públicas federais, estaduais e municipais;

II – empresas públicas federais, distritais e municipais;

III – fundos públicos nas transferências destinadas à realização de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social;

IV – sociedades de economia mista voltadas à execução de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social; ou

V – beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas sem finalidade lucrativa, de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, para cuja execução seja efetivada a doação.

§1º No ato autorizativo e na respectiva escritura constarão a finalidade da doação e o prazo para cumprimento do respectivo encargo.

§2º O encargo de que trata o parágrafo anterior será permanente e resolutivo, revertendo automaticamente o imóvel à propriedade do doador, independentemente de qualquer indenização por benfeitorias realizadas, se:

- I – não for cumprida, dentro do prazo, a finalidade da doação;
- II – cessarem as razões que justificaram a doação; ou
- III – ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista.

§3º Nas hipóteses de que tratam os incisos I a IV do caput deste artigo, é vedada ao beneficiário a possibilidade de alienar o imóvel recebido em doação, exceto quando a finalidade for a execução, por parte do donatário, de projeto de assentamento de famílias carentes ou de baixa renda, na forma do art. 21 desta Lei, e desde que, no caso de alienação onerosa, o produto da venda seja destinado à instalação de infra-estrutura, equipamentos básicos ou de outras melhorias necessárias ao desenvolvimento do projeto.

§4º Na hipótese de que trata o inciso V do caput deste artigo:

I – serão objeto de doação imóveis ocupados com finalidade residencial ou não-residencial, observado, neste último caso, a área máxima de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e a obrigação do donatário de proceder à regularização jurídica e fiscal da atividade desenvolvida no imóvel;

II – não se aplica o disposto no §2º deste artigo, podendo o contrato dispor sobre eventuais encargos e conter cláusula de inalienabilidade por um período máximo de 5 (cinco) anos;

III – o donatário deverá estar ocupando o imóvel, à época da celebração da respectiva escritura pública, por pelo menos 12 (doze) meses.

III – O donatário deverá estar ocupando o imóvel, à época da celebração da respectiva escritura pública ou da lavratura dos respectivos termos administrativos, por, pelo menos, 60 (sessenta) meses.

2. * Nova redação dada pela Lei Complementar nº 144/2012.

§5º Se no curso do prazo de vigência da cláusula de inalienabilidade a que se refere o inciso II do parágrafo 4º deste artigo, vier o beneficiário a falecer sem deixar herdeiros, o bem retornará ao patrimônio do doador.

§6º Na hipótese de doações de imóveis ocupados com finalidade não-residencial, os donatários não poderão exercer qualquer outra atividade empresarial além da exploração do estabelecimento instalado no imóvel objeto da doação, nem participar, direta ou indiretamente, de qualquer outra sociedade com fins lucrativos.

§7º Nas hipóteses de que tratam os incisos I a IV do caput deste artigo, quando da transferência final do imóvel dos entes ali enumerados aos beneficiários finais também deverão ser observados os requisitos previstos no parágrafo anterior.

* §8º A titularidade do imóvel de que trata esta Lei será concedida, prioritariamente, à mulher integrante da família.

1. * Incluído pela Lei Complementar nº 144/2012.

Seção V

Da Superfície

Art. 24. O Estado do Rio de Janeiro, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista poderão instituir, gratuita ou em condições especiais, por prazo determinado ou indeterminado, direito de superfície em favor dos ocupantes dos seus imóveis, desde que seja constatada nos mesmos a existência de:

I – residências construídas;

II – estabelecimentos de uso não-residencial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados).

§1º O direito de superfície previsto neste artigo será instituído mediante escritura pública registrada no Registro de Imóveis, autorizando a execução de obras no subsolo, e a ocupação do respectivo espaço aéreo, na medida necessária à construção das edificações residenciais e comerciais a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo.

§2º Quando a instituição se der em caráter gratuito observar-se-ão as disposições do art. 23

desta Lei relativas à doação para pessoas físicas.

Art. 25. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 26. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

Art. 27. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o ente público, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Art. 28. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Art. 29. Extinto o direito de superfície, o ente público recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização.

Seção VI

Da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia

Art. 30. A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se aos terrenos dominicais não-edificados dos entes públicos, e poderá ser conferida aos possuidores ou ocupantes que, até o dia 30 de junho de 2009, estejam possuindo como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de terreno em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário, superficiário, ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§2º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 31. O título de concessão de uso especial para fins de moradia será requerido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública.

Parágrafo único. O título conferido servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 32. O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato inter vivos ou causa mortis.

Art. 33. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de:

I – o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família;
ou

II – o concessionário adquirir a propriedade a superfície ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do ente público concedente.

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 34. A alienação de bens imóveis do Estado do Rio de Janeiro, de suas autarquias, fundações, e ainda de empresas públicas e sociedades de economia mista, quando afetados ao serviço público, dependerá de avaliação e autorização legislativa prévias.

Art. 35. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Estadual Direta far-se-á mediante termo, ficando sujeita a confirmação 2 (dois) anos após a assinatura do mesmo, sendo ratificada desde que, nesse período tenha o imóvel sido devidamente utilizado no fim para que fora entregue.

§1º Constatado o exercício de posse por parte de terceiros em bens entregues a órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, Direta ou Indireta, e havendo interesse público na utilização destes bens para fins de implantação de programa ou ações de regularização fundiária ou para titulação em áreas ocupadas por comunidades tradicionais, fica o titular do domínio do imóvel autorizado a reavê-lo, destinando o imóvel para a finalidade que motivou a medida

§2º O disposto no §1º deste artigo aplica-se, também, a imóveis não utilizados para a finalidade prevista no ato de transferência entre os entes da Administração, quando verificada a necessidade de sua utilização em programas de provisão habitacional de interesse social.

Art. 36. Os instrumentos previstos nos artigos 19, 21, 23, 24 e 30 poderão ser outorgados de forma coletiva, sempre que os imóveis públicos estejam ocupados por mais de uma família, inclusive nas hipóteses em que não possam ser identificados os terrenos ocupados por cada uma delas, atribuindo-se, em tal hipótese, igual fração ideal a cada qual, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

Art. 37. Todos os atos notariais e de registro necessários à regularização jurídica da situação

dominial dos imóveis públicos estaduais, assim como a abertura de matrícula e o subsequente registro do auto de demarcação, a que se referem os artigos 8º e 10 desta Lei, serão isentos de custas e emolumentos.

Art. 38. Os instrumentos previstos na presente Lei também poderão ser utilizados, observados procedimentos próprios:

I – na regularização fundiária em área inserida em Unidade de Conservação da Natureza que admita a ocupação humana ou em sua zona de amortecimento;

II – na regularização da posse e uso das áreas ocupadas pelas populações tradicionais nas unidades de conservação da natureza onde a presença de tais populações seja permitida;

III – na regularização de imóveis originalmente alienados pelo Estado ou pela Companhia Estadual de Habitação do Rio de Janeiro – CEHAB.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese serão observados os direitos e restrições existentes na legislação ambiental.

Art. 39. Fica o Estado do Rio de Janeiro e suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista autorizados a celebrar convênios, com a finalidade de estudar e implementar projetos de regularização fundiária de interesse social nos imóveis de que trata essa lei, com:

I - outros componentes do poder público, especialmente do município, a quem inclusive pode competir a coordenação do projeto de regularização fundiária; e

II - pessoas jurídicas listadas no artigo 50 da Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

Art. 40. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2009.

SÉRGIO CABRAL
Governador

**ANEXO D - MINUTA PADRÃO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PARA A
MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA N° __/__**

(ver notas explicativas n° 1, 2 e 3)

1. INTRODUÇÃO

1.1 O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo (ÓRGÃO) _____, com sede na (ENDEREÇO), devidamente autorizado pelo (AUTORIDADE COMPETENTE) _____, na forma do disposto no processo administrativo n.º E-__/_____/__, torna público este Chamamento Público para Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, regido de acordo com o disposto na legislação abaixo indicada.

2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

2.1 Aplicam-se a este procedimento as disposições prescritas no artigo 3º, caput e § 1º, da Lei Federal n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004, combinado com o artigo 21, da Lei Federal n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, artigo 31, da Lei Federal n° 9.074, de 7 de julho de 1995, Lei Estadual n° 5.068, de 10 de julho de 2007, Lei Estadual n° 6.089, de 25 de novembro de 2011 e Decreto Estadual n° 43.277, de 07 de novembro de 2011.

3. DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO

3.1 Poderão ser solicitados esclarecimentos acerca do objeto deste edital até __ (_____) dias úteis anteriores à ao prazo para a entrega da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, até às __ horas, desde que por escrito, encaminhado ao endereço situado à Rua _____, n° __ , __ andar, (Bairro), RJ, ou, ainda, mediante confirmação de recebimento, por fac-símile n.º _____ ou e-mail _____.

3.2 Caberá ao órgão técnico da Pasta, auxiliado pela Unidade de PPP, da Secretaria de Estado de Estado de Planejamento e Gestão, responder aos pedidos de esclarecimentos, no

prazo de até ____ (_____) dias, antes do encerramento do prazo da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP.

3.3 A resposta aos pedidos de esclarecimento será divulgada mediante nota no endereço eletrônico _____, na parte relativa à licitações, e quem tiver interesse na participação futura deste procedimento, deverá acessá-lo para a obtenção das informações prestadas.

4. DAS DEFINIÇÕES

4.1 Para os fins deste edital, considera-se:

a) PROJETO: projeto de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 5.068/07, resultado da consolidação total ou parcial dos ESTUDOS TÉCNICOS, definidos na forma abaixo, oferecidos por pessoa física ou jurídica, em que poderá ser agregado por qualquer material obtido pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO e que seja contemplado no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, de acordo com o OBJETO apresentado no item 5.

b) INTERESSADO: pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que apresentou, de modo espontâneo, ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Manifestação de Interesse, para apresentação de ESTUDOS TÉCNICOS, com vistas à consolidação do PROJETO relativo ao PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPARG;

c) PROPONENTE: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que apresentem MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, nos termos deste chamamento público e da legislação em vigor acima mencionada, para elaborar ESTUDOS TÉCNICOS, definidos na forma abaixo, que possam resultar em aproveitamento para a realização do PROJETO;

d) ESTUDOS TÉCNICOS: propostas, levantamentos, dados, pesquisas, projetos informações técnicas, investigações, dados, métodos, pareceres e quaisquer outros

documentos acerca da viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica, com vistas à consolidação e adequada modelagem do PROJETO.

e) MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP: manifestação de vontade de apresentação de ESTUDOS TÉCNICOS, por INTERESSADO ou futuro PROPONENTE.

5. DA FINALIDADE

5.1 A finalidade deste procedimento é:

a) dar publicidade à proposta espontânea de MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP apresentada por INTERESSADO ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com vistas à consolidação do PROJETO relativo ao PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPAR, instituído pela Lei Estadual nº 5.068, de 10 de julho de 2007;

b) receber ESTUDOS TÉCNICOS sobre a viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica para a estruturação final do PROJETO, visando a sua operação e manutenção, permitindo a aplicação da experiência do PROPONENTE e das inovações tecnológicas à disposição no mercado;

c) recolher subsídios para agregar, apurar e consolidar ideias, métodos e sistemas acerca do PROJETO;

d) reduzir custos finais de elaboração da modelagem final do PROJETO, mediante a colaboração dos diversos setores econômicos envolvidos, resultando em importante intercâmbio de ideias;

e) resultar em PROJETO que garanta a conformidade com o modelo mais apropriado para a Administração Pública, assim como o serviço público adequado à

população e a justa remuneração do futuro concessionário, garantindo atratividade para a iniciativa privada.

6. DO OBJETO

6.1 O objeto do presente procedimento é o recebimento de ESTUDOS TÉCNICOS, consistentes em propostas, levantamentos, dados, pesquisas, projetos informações técnicas, investigações, dados, métodos, pareceres e quaisquer outros documentos acerca da viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica, com vistas à consolidação e adequada modelagem do PROJETO, abaixo descrito.

6.2 O PROJETO que se pretende desenvolver refere-se à Parceria Público-Privada para _____, consoante os elementos do Anexo I - Termo de Referência. (ver nota explicativa nº 4)

7. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

7.1 Poderá participar deste procedimento, visando à apresentação futura de ESTUDOS TÉCNICOS, qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, individualmente ou em grupo, desde que apresente a MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, até o dia _____, no protocolo situado à Rua _____, nº ____, (Bairro), RJ, até às ____ hs, na forma dos itens 7.2 e 7.3.

(ver nota explicativa nº 5)

7.2 No prazo acima descrito, o(s) PROPONENTE(S) deverão:

- a) apresentar MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, contendo a sua qualificação completa e com a indicação de endereço e contatos do(s) responsável(is) técnico(s);
- b) preencher os requisitos de habilitação jurídica, na forma abaixo, apresentando as seguintes cópias:

- Tratando-se de pessoa física: cédula de identidade e do CPF;
- Tratando-se de empresário pessoa física: registro comercial;
- Tratando-se de pessoa jurídica:

(i) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades empresárias, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

(ii) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades simples, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

(iii) Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

(iv) a sociedade simples que não adotar um dos tipos regulados nos artigos 1.039 a 1.092, deverá mencionar, no contrato social, por força do art. 997, inciso VI, as pessoas naturais incumbidas da administração.

7.3 Na forma do disposto no art. 3º do Decreto Estadual nº 43.277/11, a MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP deverá conter obrigatoriamente:

a) as linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos;

b) a estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto;

c) as características gerais do modelo do negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos;

d) a projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária eventualmente demandada do ESTADO DO RIO DE JANEIRO;

e) outros elementos que permitam a avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos, em especial os fixados pelo art. 10, da Lei Estadual nº 5.068/07.

7.4 Para a elaboração da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP devem ser considerados, na forma do art. 8º do Decreto Estadual nº 43.277/11:

a) Anexo II – descrição resumida da proposta e dos estudos técnicos a serem desenvolvidos

b) Anexo III - Critérios de Aproveitamento dos Elementos da Manifestação de Interesse e limites para o ressarcimento dos custos incorridos.

7.5 Após a publicação do chamamento público, a Secretaria Executiva franqueará a consulta da MIP e aos termos do projeto que deu origem a este chamamento público, pelo prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 9º do Decreto Estadual nº 43.277/11.

7.6 Caso a manifestação de interesse seja subscrita por procurador, deverá ser anexada procuração outorgando poderes ao subscritor com vistas à apresentação da manifestação de interesse.

7.7 As manifestações de interesse que não atenderem o disposto neste item serão consideradas desclassificadas do processo.

8. DA SELEÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP

8.1 O Conselho Gestor do PROPAR, ouvida a Secretaria correspondente ao objeto da PPP, realizará a seleção da(s) MANIFESTAÇÃO(ÕES) DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, segundo os seguintes parâmetros:

- a) consistência das informações que subsidiaram sua realização e grau de aprofundamento dos estudos;
- b) adoção de melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos pertinentes;
- c) compatibilidade com a legislação em vigor;
- d) análise comparativa de viabilidade econômico-financeira e de custo e benefício dos projetos propostos com soluções alternativas.

(ver nota explicativa nº 6)

9. DA AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DOS ESTUDOS TÉCNICOS

9.1 Uma vez aprovada a(s) MANIFESTAÇÃO(ÕES) DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, na forma do item anterior, o INTERESSADO e/ou o(s) PROPONENTE(s) poderão receber autorização para realizar os ESTUDOS TÉCNICOS que contribuirão para a consolidação do PROJETO, na forma do disposto no art. 11 do Decreto Estadual nº 43.277/11.

9.2 A autorização para a realização dos ESTUDOS TÉCNICOS:

- a) é pessoal e intransferível;
- b) é conferida ao PROPONENTE sem exclusividade;
- c) poderá ser cancelada a qualquer momento, por razões de oportunidade e conveniência, sem que o PROPONENTE tenha direito a qualquer indenização.

10. DO PRAZO E DA ENTREGA DOS ESTUDOS TÉCNICOS

10.1 Uma vez recebida a autorização, o(s) PROPONENTE(s), assim como o INTERESSADO, deverão apresentar os ESTUDOS TÉCNICOS até às __ hs, do dia _____, no endereço situado à Rua _____, nº __ , __ andar, (Bairro), RJ.

(ver nota explicativa nº 7)

10.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS e documentos apresentados deverão ser rubricados pela pessoa física ou pelo representante legal da pessoa jurídica, em versão impressa e digital.

10.3 A versão digital deve permitir amplamente o acesso ao seu conteúdo, não devendo ser apresentada em PDF.

11. DOS ESTUDOS TÉCNICOS

11.1 Os ESTUDOS TÉCNICOS a serem apresentados devem compreender os seguintes elementos: _____ .

(ver nota explicativa nº 8)

12. DO ACOMPANHAMENTO E DA REMESSA DOS ESTUDOS TÉCNICOS

12.1 A elaboração dos ESTUDOS TÉCNICOS será acompanhada pela Unidade de PPP, da Secretaria de Estado de Estado de Planejamento e Gestão, na forma do disposto no art. 12 do Decreto Estadual nº 43.277/11.

12.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS elaborados serão remetidos à Secretaria Executiva, do CONSELHO GESTOR do PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPAR, que coordenará os trabalhos de consolidação da modelagem final do PROJETO, no prazo de 60 (sessenta) dias, na forma do disposto no art. 13 do Decreto Estadual nº 43.277/11.

13. DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO GESTOR DO PROPAR

13.1 Concluídos os trabalhos, a Secretaria Executiva submeterá à deliberação do CONSELHO GESTOR do PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPAR a proposta de modelagem final, avaliando, do ponto de vista técnico, o grau de aproveitamento dos ESTUDOS TÉCNICOS apresentados e os respectivos percentuais de ressarcimento, na forma do critério fixado pelo item 14.

14. VALOR E CRITÉRIOS DE REMUNERAÇÃO DO PROPONENTE

14.1 Os ESTUDOS TÉCNICOS que venham a ser aceitos, no todo ou em parte, como subsídios para a definição e estruturação do PROJETO terão seus custos, total ou parcialmente, ressarcidos pelo licitante vencedor, na proporção do seu aproveitamento, nos termos do art. 21, da Lei Federal nº 8.987/95 c/c art. 16 do Decreto Estadual nº 43.277/11, no

limite dos valores estimados pelo PROPONENTE e pelo INTERESSADO, aceitos pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

14.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS que não forem aproveitados serão devolvidos, podendo ser destruídos caso não sejam recolhidos, no prazo de ____ (_____) dias após comunicação.

14.3 O valor máximo global dos ESTUDOS TÉCNICOS apresentados por cada PROPONENTE não poderá ultrapassar o montante de R\$ _____ (_____).

14.4 O edital para contratação do PROJETO conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato, pelo vencedor da licitação, ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos ESTUDOS TÉCNICOS.

15. DOS ÔNUS E CUSTOS FINANCEIROS

15.1 Os ônus e custos financeiros arcados por qualquer pessoa física ou jurídica para a elaboração da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP ou dos ESTUDOS TÉCNICOS e quaisquer outros documentos que destes façam parte são de sua inteira e exclusiva responsabilidade.

15.2 O(s) PROPONENTE(S) e/ou o INTERESSADO não terão direito a qualquer indenização, ressarcimento ou reembolso pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO, decorrente do uso, total ou parcial, dos ESTUDOS TÉCNICOS cedidos, cujo conteúdo poderá ser consolidado ou combinado com outras informações, dados ou projetos disponíveis, sejam estas obtidas perante outros órgãos e entidades da Administração Pública ou por consultores externos eventualmente contratados para este fim.

16. DIREITOS AUTORAIS

16.1 Caso selecionados, total ou parcialmente, os ESTUDOS TÉCNICOS para a consolidação do PROJETO, os respectivos direitos autorais sobre as informações técnicas, estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, projetos, métodos, pareceres e

quaisquer outros documentos que daqueles façam parte são cedidos, de forma irrevogável, irretratável e incondicional para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

16.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS e todos os documentos que destes façam parte podem ser utilizados pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO incondicionalmente, total ou parcialmente, de acordo com a oportunidade e a conveniência.

17. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS FUTUROS

17.1 A apresentação dos ESTUDOS TÉCNICOS não resulta em qualquer espécie de impedimento de participar, direta ou indiretamente, de procedimentos licitatórios relativos à realização do PROJETO ou de obras e serviços a estes correlatos, na forma do art. 31, da Lei nº 9.074/95 e nem inibe a participação de futuros licitantes que não tiverem apresentado ESTUDOS TÉCNICOS.

18. DA VEDAÇÃO DE PRIVILÉGIOS

18.1 O(s) PROPONENTE(S) e/ou o INTERESSADO não gozarão de qualquer espécie de favorecimento, vantagem ou privilégio em procedimentos licitatórios relativos à realização do PROJETO pela apresentação dos ESTUDOS TÉCNICOS que eventualmente sejam utilizados para a sua consolidação.

19. DA CONCORDÂNCIA DO PROPONENTE AOS TERMOS DESTES INSTRUMENTOS

19.1 A apresentação dos ESTUDOS TÉCNICOS pelo(s) PROPONENTE(S) e/ou pelo INTERESSADO implica na sua concordância integral aos termos deste instrumento.

20. DA TABELA EMOP

20.1 Os custos dos investimentos em obras e serviços de engenharia deverão ser calculados de acordo com o Sistema Unitário de Custos, elaborado pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro – EMOP, ou na sua falta, aos indicados nos sistemas de orçamentação de obras.

21. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

21.1 A qualquer momento, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO poderá, a seu critério, por sua iniciativa ou em decorrência de pedidos de esclarecimentos ou informações, solicitar ao(s) PROPONENTE(S) e/ou pelo INTERESSADO informações ou dados adicionais relacionados aos ESTUDOS TÉCNICOS.

21.2 A autorização para realização dos ESTUDOS TÉCNICOS não implica, em hipótese alguma, corresponsabilidade do ESTADO DO RIO DE JANEIRO perante terceiros pelos atos praticados pelos Proponentes.

21.3 A realização deste procedimento:

a) não implica na instauração futura do procedimento licitatório para a realização do PROJETO;

b) não condiciona à utilização dos ESTUDOS TÉCNICOS, ou das propostas, estudos ou levantamentos oferecidos pelo(s) PROPONENTE(S) e/ou pelo INTERESSADO;

21.4 O(s) PROPONENTE(S) e/ou o INTERESSADO poderão desistir a qualquer tempo de apresentar ou concluir os ESTUDOS TÉCNICOS, mediante comunicação, por escrito, ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

22. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

22.1 Este procedimento poderá ser revogado por razões de interesse público, decorrente de fato superveniente, ou anulado no todo ou em parte por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiro.

22.2 Os prazos estabelecidos neste edital poderão ser prorrogados à critério do ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

22.3 Ocorrendo ponto facultativo, ou outro fato superveniente de caráter público, que impeça a realização dos eventos nas datas acima marcadas, estes ficarão automaticamente adiados para o mesmo horário do primeiro dia útil subsequente, independentemente de nova comunicação.

22.4 Acompanha este edital o seguinte anexo:

Anexo I - Termo de Referência.

Anexo II - descrição resumida da proposta e dos estudos técnicos a serem desenvolvidos

Anexo III - Critérios de Aproveitamento dos Elementos da Manifestação de Interesse e limites para o ressarcimento dos custos incorridos.

(ver nota explicativa nº 9)

22.5 Fica eleito o Foro Central da Cidade do Rio de Janeiro, comarca da Capital, para dirimir qualquer litígio decorrente do presente procedimento que não possa ser resolvido por meio amigável, com expressa renúncia a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

Rio de Janeiro, de de .

NOTAS EXPLICATIVAS

NOTA 1) A minuta deste edital deverá ser observada no caso do art. 7 do Decreto nº 43.277/11, qual seja, quando for recebida proposta espontânea, de pessoa física ou jurídica, e a intenção for publicar chamamento público para apresentação de Manifestação de Interesse por outros, sobre o mesmo objeto.

NOTA 2) O processo administrativo que instaurar o procedimento para a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada deverá ser instruído, até a publicação do edital, no que couber, e sem prejuízo de outras informações pertinentes, com os seguintes elementos: I – justificativa para a necessidade de instauração do procedimento; II - descrição do objeto; III - estudos técnicos preliminares já realizados; IV – autorização para a publicação do edital; V – parecer jurídico prolatado ou visado pelo Procurador do Estado, Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica ou órgão equivalente acerca da minuta do edital.

NOTA 3) Este instrumento deverá ser divulgado pela publicação no Diário Oficial do Estado e, ainda, na página eletrônica do Sistema Integrado de Gestão de Aquisição - SIGA e do órgão responsável pelo procedimento.

NOTA 4) O Termo de Referência deve consolidar as informações já disponíveis pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO a respeito do PROJETO e estabelecer as premissas para a sua elaboração, como, à título de exemplo, o objeto específico do projeto; a modalidade de concessão a ser adotada; as características técnico-operacionais; o local da prestação do

serviço; a receita pública que se pretende aportar; o valor dos investimentos estimados; as garantias que já estão à disposição dos concessionários; as soluções econômicas, técnicas e ambientais que já foram consideradas viáveis.

NOTA 5) Recomenda-se que o prazo para a apresentação da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP não seja inferior a 15 (quinze) dias, da data da publicação do instrumento, a não ser quando devidamente justificado e aprovado pela autoridade competente.

NOTA 6) É recomendável que sejam explicitados os critérios técnicos que nortearão a escolha da MIP e que deverão ser estipulados à luz da especificidade do caso concreto.

NOTA 7) O prazo deve ser definido de acordo com o porte do PROJETO, nunca inferior a 30 (trinta) dias, a não ser quando devidamente justificado e aprovado pela autoridade competente.

NOTA 8): Dentre outros aspectos, poderão ser definidos, exemplificativamente, os seguintes: projeto conceitual de engenharia e arquitetura, viabilidade econômico-financeira, modelagem de garantias, mapeamento de riscos, modelagem jurídica e diretrizes ambientais, tudo com vistas à apresentação do Modelo do PROJETO, resultando, também, nos seguintes estudos: levantamento da infraestrutura implantada; avaliação do passivo ambiental e plano de gestão ambiental; avaliação das estruturas já existentes; parâmetros de qualidade para a prestação do serviço público; valores e espécies de investimentos e custos necessários à implantação do projeto; estrutura tarifária e estimativa de receitas; avaliação econômico-financeira; análise da viabilidade da concessão patrocinada ou administrativa; garantias; plano de negócios; mapeamento dos riscos; alternativas das formas de remuneração do concessionário; indicação das vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, considerando o desenvolvimento da região.

NOTA 9): sem prejuízo de outros que se façam necessários

NOTA 10) A critério da autoridade competente, poderão ser realizadas sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações de interesse, devendo, neste caso, ser adotada a seguinte cláusula:

Será realizada sessão pública no seguinte endereço _____, no dia ___ de _____ de _____, às ___ hs. para a divulgação da intenção do ESTADO DO RIO DE JANEIRO em receber subsídios para a consolidação do PROJETO, quando será lavrada ata, com a lista de presença e registro dos principais ocorrências, visando à publicidade e à transparência do procedimento.

**ANEXO E - MINUTA PADRÃO DE EDITAL PÚBLICO PARA A
MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA Nº __/____**
(ver notas explicativas nº 1, 2 e 3)

1. INTRODUÇÃO

1.1 O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo (ÓRGÃO) _____, com sede na (ENDEREÇO), devidamente autorizado pelo (AUTORIDADE COMPETENTE) _____, na forma do disposto no processo administrativo n.º E-___/_____/___, torna público este edital para Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, regido de acordo com o disposto na legislação abaixo indicada e no presente edital.

2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

2.1 Aplicam-se a este procedimento as disposições prescritas no artigo 3º, caput e § 1º, da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, combinado com o artigo 21, da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, artigo 31, da Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, Lei Estadual nº 5.068, de 10 de julho de 2007, Lei Estadual nº 6.089, de 25 de novembro de 2011 e Decreto Estadual nº 43.277, de 07 de novembro de 2011.

3. DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO

3.1 Poderão ser solicitados esclarecimentos acerca do objeto deste edital até ___ (_____) dias úteis anteriores à ao prazo para a entrega da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, até às ___ horas, desde que por escrito, encaminhado ao endereço situado à Rua _____, nº ___ , ___ andar, (Bairro), RJ, ou, ainda, mediante confirmação de recebimento, por fac-símile n.º _____ ou e-mail _____.

3.2 Caberá ao órgão técnico da Pasta, auxiliado pela Unidade de PPP, da Secretaria de Estado de Estado de Planejamento e Gestão, responder aos pedidos de esclarecimentos, no prazo de até ___ (_____) dias, antes do encerramento do prazo da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP.

3.3 A resposta aos pedidos de esclarecimento será divulgada mediante nota no endereço eletrônico _____, na parte relativa à licitações, e quem tiver interesse na participação futura deste procedimento, deverá acessá-lo para a obtenção das informações prestadas.

4. DAS DEFINIÇÕES

4.1 Para os fins deste edital, considera-se:

a) **PROJETO:** projeto de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 5.068/07, resultado da consolidação total ou parcial dos ESTUDOS TÉCNICOS, definidos na forma abaixo, oferecidos por pessoa física ou jurídica, em que poderá ser agregado por qualquer material obtido pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO e que seja contemplado no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, de acordo com o OBJETO apresentado no item 6.

b) **PROPONENTE:** pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que apresentem MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, nos termos deste edital público e da legislação em vigor acima mencionada, para elaborar ESTUDOS TÉCNICOS, definidos na forma abaixo, que possam resultar em aproveitamento para a realização do PROJETO;

c) **ESTUDOS TÉCNICOS:** propostas, levantamentos, dados, pesquisas, projetos informações técnicas, investigações, dados, métodos, pareceres e quaisquer outros documentos acerca da viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica, com vistas à consolidação e adequada modelagem do PROJETO.

d) **MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP:** manifestação de vontade de apresentação de ESTUDOS TÉCNICOS, por futuro PROPONENTE.

5. DA FINALIDADE

5.1 A finalidade deste procedimento é:

a) dar publicidade à intenção do ESTADO DO RIO DE JANEIRO de receber MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, para a apresentação de ESTUDOS TÉCNICOS, por pessoas físicas ou jurídicas, com vistas à consolidação e adequada modelagem do PROJETO no PROGRAMA ESTADUAL DE

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPAR, instituído pela Lei Estadual nº 5.068, de 10 de julho de 2007;

b) receber ESTUDOS TÉCNICOS sobre a viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica para a estruturação final do PROJETO, visando a sua operação e manutenção, permitindo a aplicação da experiência do PROPONENTE e das inovações tecnológicas à disposição no mercado;

c) recolher subsídios para agregar, apurar e consolidar ideias, métodos e sistemas acerca do PROJETO;

d) reduzir custos finais de elaboração da modelagem final do PROJETO, mediante a colaboração espontânea dos diversos setores econômicos envolvidos, resultando em importante intercâmbio de ideias;

e) resultar em PROJETO que garanta a conformidade com o modelo mais apropriado para a Administração Pública, assim como o serviço público adequado à população e a justa remuneração do futuro concessionário, garantindo atratividade para a iniciativa privada.

6. DO OBJETO

6.1 O objeto do presente procedimento é o recebimento de ESTUDOS TÉCNICOS, consistentes em propostas, levantamentos, dados, pesquisas, projetos informações técnicas, investigações, dados, métodos, pareceres e quaisquer outros documentos acerca da viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica, com vistas à consolidação e adequada modelagem do PROJETO, abaixo descrito.

6.2 O PROJETO que se pretende desenvolver refere-se à Parceria Público-Privada para _____, consoante os elementos do Anexo I - Termo de Referência. (ver nota explicativa nº 4)

7. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

7.1 Poderá participar deste procedimento, visando à apresentação futura de ESTUDOS TÉCNICOS, qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, individualmente ou em grupo, desde que apresente a MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, até o dia _____, no protocolo situado à Rua _____, nº ____, (Bairro), RJ, até às ____ hs, na forma dos itens 7.2 e 7.3.

(ver nota explicativa nº 5)

7.2 No prazo acima descrito, o(s) PROPONENTE(S) deverão:

a) apresentar MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, contendo a sua qualificação completa e com a indicação de endereço e contatos do(s) responsável(is) técnico(s);

b) preencher os requisitos de habilitação jurídica, na forma abaixo, apresentando as seguintes cópias:

- Tratando-se de pessoa física: cédula de identidade e do CPF;
- Tratando-se de empresário pessoa física: registro comercial;
- Tratando-se de pessoa jurídica:

(i) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades empresárias, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

(ii) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades simples, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

(iii) Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

(iv) a sociedade simples que não adotar um dos tipos regulados nos artigos 1.039 a 1.092, deverá mencionar, no contrato social, por força do art. 997, inciso VI, as pessoas naturais incumbidas da administração.

7.3 Na forma do disposto no art. 3º do Decreto Estadual nº 43.277/11, a MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP deverá conter obrigatoriamente:

- a) as linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos;
- b) a estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto;
- c) as características gerais do modelo do negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos;
- d) a projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária eventualmente demandada do ESTADO DO RIO DE JANEIRO;
- e) outros elementos que permitam a avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos, em especial os fixados pelo art. 10, da Lei Estadual nº 5.068/07.

7.4 Caso a manifestação de interesse seja subscrita por procurador, deverá ser anexada procuração outorgando poderes ao subscritor com vistas à apresentação da manifestação de interesse.

7.5 As manifestações de interesse que não atenderem o disposto neste item serão consideradas desclassificadas do processo.

8. DA SELEÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP

8.1 O Conselho Gestor do PROPAR, ouvida a Secretaria correspondente ao objeto da PPP, realizará a seleção da(s) MANIFESTAÇÃO(ES) DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP, segundo os seguintes parâmetros:

- a) consistência das informações que subsidiaram sua realização e grau de aprofundamento dos estudos;
- b) adoção de melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos pertinentes;
- c) compatibilidade com a legislação em vigor;
- d) análise comparativa de viabilidade econômico-financeira e de custo e benefício dos projetos propostos com soluções alternativas.

(ver nota explicativa nº 6)

9. DA AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DOS ESTUDOS TÉCNICOS

9.1 Uma vez aprovada a(s) MANIFESTAÇÃO(ÕES) DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP,, na forma do item anterior, o(s) PROPONENTE(s) receberá(ão) autorização para realizar os ESTUDOS TÉCNICOS que contribuirão para a consolidação do PROJETO, na forma do disposto no art. 11 do Decreto Estadual nº 43.277/11.

9.2 A autorização para a realização dos ESTUDOS TÉCNICOS:

- a) é pessoal e intransferível;
- b) é conferida ao PROPONENTE sem exclusividade;
- c) poderá ser cancelada a qualquer momento, por razões de oportunidade e conveniência, sem que o PROPONENTE tenha direito a qualquer indenização.

10. DO PRAZO E DA ENTREGA DOS ESTUDOS TÉCNICOS

10.1 Uma vez recebida a autorização, o(s) PROPONENTE(s) deverá(ão) apresentar os ESTUDOS TÉCNICOS até às __ hs, do dia _____, no endereço situado à Rua _____, nº __, __ andar, (Bairro), RJ.

(ver nota explicativa nº 7)

10.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS e documentos apresentados deverão ser rubricados pela pessoa física ou pelo representante legal da pessoa jurídica, em versão impressa e digital.

10.3 A versão digital deve permitir amplamente o acesso ao seu conteúdo, não devendo ser apresentada em PDF.

11. DOS ESTUDOS TÉCNICOS

11.1 Os ESTUDOS TÉCNICOS a serem apresentados devem compreender os seguintes elementos: _____ .

(ver nota explicativa nº 8)

12. DO ACOMPANHAMENTO E DA REMESSA DOS ESTUDOS TÉCNICOS

12.1 A elaboração dos ESTUDOS TÉCNICOS será acompanhada pela Unidade de PPP, da Secretaria de Estado de Estado de Planejamento e Gestão, na forma do disposto no art. 12 do Decreto Estadual nº 43.277/11.

12.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS elaborados pelo PROPONENTE serão remetidos à Secretaria Executiva, do CONSELHO GESTOR do PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPAR, que coordenará os trabalhos de consolidação da modelagem final do PROJETO, no prazo de 60 (sessenta) dias, na forma do disposto no art. 13 do Decreto Estadual nº 43.277/11.

13. DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO GESTOR DO PROPAR

13.1 Concluídos os trabalhos, a Secretaria Executiva submeterá à deliberação do CONSELHO GESTOR do PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PROPAR a proposta de modelagem final, avaliando, do ponto de vista técnico, o grau de aproveitamento dos ESTUDOS TÉCNICOS apresentados e os respectivos percentuais de ressarcimento, na forma do critério fixado pelo item 14.

14. VALOR E CRITÉRIOS DE REMUNERAÇÃO DO PROPONENTE

14.1 Os ESTUDOS TÉCNICOS que venham a ser aceitos, no todo ou em parte, como subsídios para a definição e estruturação do PROJETO terão seus custos, total ou parcialmente, ressarcidos pelo licitante vencedor, na proporção do seu aproveitamento, nos termos do art. 21, da Lei Federal nº 8.987/95 c/c art. 16 do Decreto Estadual nº 43.277/11, no limite dos valores estimados pelo PROPONENTE e aceitos pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

14.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS que não forem aproveitados serão devolvidos, podendo ser destruídos caso não sejam recolhidos pelo PROPONENTE, no prazo de ____ (_____) dias após comunicação.

14.3 O valor máximo global dos ESTUDOS TÉCNICOS apresentados por cada PROPONENTE não poderá ultrapassar o montante de R\$ _____ (_____).

14.4 O edital para contratação do PROJETO conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato, pelo vencedor da licitação, ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos ESTUDOS TÉCNICOS.

15. DOS ÔNUS E CUSTOS FINANCEIROS

15.1 Os ônus e custos financeiros arcados para a elaboração da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP e pelo PROPONENTE para a realização dos ESTUDOS TÉCNICOS e quaisquer outros documentos que destes façam parte são de sua inteira e exclusiva responsabilidade.

15.2 O(s) PROPONENTE(S) não terão direito a qualquer indenização, ressarcimento ou reembolso pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO, decorrente do uso, total ou parcial, dos ESTUDOS TÉCNICOS cedidos, cujo conteúdo poderá ser consolidado ou combinado com outras informações, dados ou projetos disponíveis, sejam estas obtidas perante outros órgãos e entidades da Administração Pública ou por consultores externos eventualmente contratados para este fim.

16. DIREITOS AUTORAIS

16.1 Caso selecionados, total ou parcialmente, os ESTUDOS TÉCNICOS para a consolidação do PROJETO, os respectivos direitos autorais sobre as informações técnicas, estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, projetos, métodos, pareceres e quaisquer outros documentos que daqueles façam parte são cedidos, de forma irrevogável, irreatável e incondicional para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

16.2 Os ESTUDOS TÉCNICOS e todos os documentos que destes façam parte podem ser utilizados pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO incondicionalmente, total ou parcialmente, de acordo com a oportunidade e a conveniência.

17. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS FUTUROS

17.1 A apresentação dos ESTUDOS TÉCNICOS pelo PROPONENTE não resulta em qualquer espécie de impedimento de participar, direta ou indiretamente, de procedimentos licitatórios relativos à realização do PROJETO ou de obras e serviços a estes correlatos, na forma do art. 31, da Lei nº 9.074/95 e nem inibe a participação de futuros licitantes que não tiverem apresentado ESTUDOS TÉCNICOS.

18. DA VEDAÇÃO DE PRIVILÉGIOS

18.1 O(s) PROPONENTE(S) não gozará(ão) de qualquer espécie de favorecimento, vantagem ou privilégio em procedimentos licitatórios relativos à realização do PROJETO pela apresentação dos ESTUDOS TÉCNICOS que eventualmente sejam utilizados para a sua consolidação.

19. DA CONCORDÂNCIA DO PROPONENTE AOS TERMOS DESTE INSTRUMENTO

19.1 A apresentação dos ESTUDOS TÉCNICOS pelo(s) PROPONENTE(S) implica na sua concordância integral aos termos deste instrumento.

20. DA TABELA EMOP

20.1 Os custos dos investimentos em obras e serviços de engenharia deverão ser calculados de acordo com o Sistema Unitário de Custos, elaborado pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro – EMOP, ou na sua falta, aos indicados nos sistemas de orçamentação de obras.

21. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

21.1 A qualquer momento, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO poderá, a seu critério, por sua iniciativa ou em decorrência de pedidos de esclarecimentos ou informações, solicitar ao(s) PROPONENTE(S) informações ou dados adicionais relacionados aos ESTUDOS TÉCNICOS.

21.2 A autorização para realização dos ESTUDOS TÉCNICOS não implica, em hipótese alguma, corresponsabilidade do ESTADO DO RIO DE JANEIRO perante terceiros pelos atos praticados pelos Proponentes.

21.3 A realização deste procedimento:

- a) não implica na instauração futura do procedimento licitatório para a realização do PROJETO;
- b) não condiciona à utilização dos ESTUDOS TÉCNICOS, ou das propostas, estudos ou levantamentos oferecidos pelo(s) PROPONENTE(S).

21.4 O(s) PROPONENTE(S) poderá(ão) desistir a qualquer tempo de apresentar ou concluir os ESTUDOS TÉCNICOS, mediante comunicação, por escrito, ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

22. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

22.1 Este procedimento poderá ser revogado por razões de interesse público, decorrente de fato superveniente, ou anulado no todo ou em parte por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiro.

22.2 Os prazos estabelecidos neste edital poderão ser prorrogados à critério do ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

22.3 Ocorrendo ponto facultativo, ou outro fato superveniente de caráter público, que impeça a realização dos eventos nas datas acima marcadas, estes ficarão automaticamente adiados para o mesmo horário do primeiro dia útil subsequente, independentemente de nova comunicação.

22.4 Acompanha este edital o seguinte anexo:

Anexo I - Termo de Referência.

(ver nota explicativa nº 9)

22.5 Fica eleito o Foro Central da Cidade do Rio de Janeiro, comarca da Capital, para dirimir qualquer litígio decorrente do presente procedimento que não possa ser resolvido por meio amigável, com expressa renúncia a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

Rio de Janeiro, de de .

(AUTORIDADE SUPERIOR)

(ver nota explicativa nº 10)

NOTAS EXPLICATIVAS

NOTA 1) A minuta deste edital deverá ser observada quando a iniciativa para a Manifestação de Interesse partir do próprio Estado, na forma do disposto no art. 10 do Decreto nº 43.277/11,.

NOTA 2) O processo administrativo que instaurar o procedimento para a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada deverá ser instruído, até a publicação do edital, no que couber, e sem prejuízo de outras informações pertinentes, com os seguintes elementos: I – justificativa para a necessidade de instauração do procedimento; II - descrição do objeto; III - estudos técnicos preliminares já realizados; IV – autorização para a publicação do edital; V – parecer jurídico prolatado ou visado pelo Procurador do Estado, Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica ou órgão equivalente acerca da minuta do edital.

NOTA 3) Este instrumento deverá ser divulgado pela publicação no Diário Oficial do Estado e, ainda, na página eletrônica do Sistema Integrado de Gestão de Aquisição - SIGA e do órgão responsável pelo procedimento.

NOTA 4) O Termo de Referência deve consolidar as informações já disponíveis pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO a respeito do PROJETO e estabelecer as premissas para a sua elaboração, como, à título de exemplo, o objeto específico do projeto; a modalidade de concessão a ser adotada; as características técnico-operacionais; o local da prestação do serviço; a receita pública que se pretende aportar; o valor dos investimentos estimados; as garantias que já estão à disposição dos concessionários; as soluções econômicas, técnicas e ambientais que já foram consideradas viáveis.

NOTA 5): Recomenda-se que o prazo para a apresentação da MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA – MIP não seja inferior a 15 (quinze) dias, da data da publicação do instrumento, a não ser quando devidamente justificado e aprovado pela autoridade competente.

NOTA 6): É recomendável que sejam explicitados os critérios técnicos que nortearão a escolha da MIP e que deverão ser estipulados à luz da especificidade do caso concreto.

NOTA 7) O prazo deve ser definido de acordo com o porte do PROJETO, nunca inferior a 30 (trinta) dias, a não ser quando devidamente justificado e aprovado pela autoridade competente.

NOTA 8) Dentre outros aspectos, poderão ser definidos, exemplificativamente, os seguintes: projeto conceitual de engenharia e arquitetura, viabilidade econômico-financeira, modelagem de garantias, mapeamento de riscos, modelagem jurídica e diretrizes ambientais, tudo com vistas à apresentação do Modelo do PROJETO, resultando, também, nos seguintes estudos: levantamento da infraestrutura implantada; avaliação do passivo ambiental e plano de gestão ambiental; avaliação das estruturas já existentes; parâmetros de qualidade para a prestação do serviço público; valores e espécies de investimentos e custos necessários à implantação do projeto; estrutura tarifária e estimativa de receitas; avaliação econômico-financeira; análise da viabilidade da concessão patrocinada ou administrativa; garantias; plano de negócios; mapeamento dos riscos; alternativas das formas de remuneração do concessionário; indicação das vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria, considerando o desenvolvimento da região.

NOTA 9): sem prejuízo de outros que se façam necessários

NOTA 10) A critério da autoridade competente, poderão ser realizadas sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações de interesse, devendo, neste caso, ser adotada a seguinte cláusula:

Será realizada sessão pública no seguinte endereço _____, no dia ___ de _____ de _____, às ___ hs. para a divulgação da intenção do ESTADO DO RIO DE JANEIRO em receber subsídios para a consolidação do PROJETO, quando será lavrada ata, com a lista de presença e registro dos principais ocorrências, visando à publicidade e à transparência do procedimento.

