

1. No que consiste a participação popular no planejamento urbano?

A gestão participativa e democrática, prevista no Estatuto da Cidade – art. 2º, II –, assegura a participação da população nas discussões e debates sobre o futuro da cidade, de modo que os cidadãos possam manifestar sua opinião, influenciando, assim, no destino da cidade para o bem da coletividade. Com esse fim é que os processos para a elaboração de planos e projetos têm de prever métodos e passos que todos os cidadãos compreendam com clareza, de modo a garantir, de fato, que os diferentes segmentos da sociedade participem nas atividades de planejar e gerir as políticas urbanas e territoriais. A participação da comunidade, enquanto forma de controle social, é mecanismo de prevenção da corrupção e fortalecimento da cidadania. Acesso à informação adequada e ao conhecimento técnico, para isso, são fundamentais, devendo ser a sociedade mobilizada para esse processo, com divulgação e publicidade adequadas e respeito às diversidades. O processo participativo para elaboração do Plano Diretor, por exemplo, e que pode servir como parâmetro para os demais planos municipais, vem orientado pela Resolução n.º 25 do Conselho das Cidades, Ministério das Cidades.

2. Para que serve o Plano Diretor?

O Plano Diretor, obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes ou para as integrantes de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, ou, ainda, para aquelas nas quais o Poder Público pretenda utilizar instrumentos como o parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, materializa a gestão urbanística da cidade, definindo concretamente instrumentos de intervenção urbanística e diretrizes trazidos pelo Estatuto da Cidade e Resolução nº 34/05 do Conselho das Cidades, além de definir critérios para a regularização fundiária, de modo que a cidade e a propriedade urbana possam desempenhar suas funções sociais, assegurando qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento sustentável.

A prática do planejamento, mais do que estabelecer modelos ideais de funcionamento das cidades, deve contemplar os conflitos e possuir uma função de correção dos desequilíbrios de todas as ordens que são causados pela urbanização, promovendo uma leitura da cidade real. Daí a importância de ser elaborado mediante um processo democrático, sendo

assegurada a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

3. Todos os Municípios são obrigados a elaborar Plano de Mobilidade Urbana?

O Plano de Mobilidade deve ser elaborado por Municípios com mais de 20.000 habitantes e por todos os demais obrigados à elaboração do Plano Diretor, na forma da lei, devendo ser integrado e compatível com os respectivos Planos Diretores ou neles inserido, nos termos da Lei n.º 12.587/2012.

Trata-se de importante instrumento de planejamento que, junto com outras políticas setoriais, tal como o Plano Diretor e os planejamentos orçamentários, contribui para a melhora da qualidade de vida da população, promove a inclusão social, o desenvolvimento sustentável e a equidade na apropriação da cidade e de todos os serviços urbanos.

Deve o Plano observar os princípios e diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, tais como o da acessibilidade universal, do desenvolvimento sustentável das cidades, da equidade no acesso dos cidadãos ao transporte coletivo, eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano, da gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana, da segurança no deslocamento das pessoas, da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços, da equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros e da eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

Além disso, deve contemplar os serviços de transporte coletivo, a circulação viária, as infraestruturas do sistema de mobilidade urbana, a acessibilidade das pessoas com deficiência e/ou restrição de mobilidade, a integração dos sistemas de transporte público e destes com os privados e os não motorizados, a operação e o disciplinamento do transporte de carga na infraestrutura viária, os polos geradores de viagens, as áreas de estacionamentos públicos e privados, gratuitos e onerosos, as áreas e horários de acesso e circulação restrita ou controlada, os mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo e da infraestrutura de mobilidade urbana, e a sistemática de avaliação, revisão e atualização periódica do Plano de Mobilidade Urbana em prazo não superior a 10 anos.

Todo o Plano de Mobilidade, assim como o Plano Diretor, deve contar no processo de elaboração com a participação democrática.

Portanto, audiências e consultas públicas com a participação da população e de associações representativas de vários segmentos da comunidade, além de informação adequada e acessível, tornam legítima a construção de um planejamento que vise ao desenvolvimento urbano com foco na função social da cidade e da propriedade, dando voz à população para a construção conjunta da cidade que se quer.

4. Para que serve o Plano de Habitação de Interesse Social

Além de constituir condição de acesso aos recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, o Plano Local de Habitação de Interesse Social trata-se de importante instrumento de gestão e planejamento habitacional, possibilitando que o Município, mediante diagnóstico, conheça a realidade do setor habitacional no seu território para que possa traçar um plano de ação com vistas ao enfrentamento dos problemas habitacionais constatados.

A Lei 11.124/05, marco regulatório do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, objetiva viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável, implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda e articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação. Importantes também são os princípios norteadores desse sistema, traduzidos pela moradia digna, pela função social da propriedade urbana, pela gestão democrática e pela compatibilidade e integração das políticas habitacionais federal, estadual e municipal, bem como das demais políticas de desenvolvimento urbano, ambientais e de inclusão social.

Com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS é que foi criado o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, regulamentado pelo Decreto 5.796/2006, o qual prevê que os recursos do FNHIS serão aplicados em ações vinculadas aos programas de habitação de interesse social que contemplem a aquisição e construção de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais, a produção de lotes urbanizados para fins habitacionais, a urbanização, produção de equipamentos comunitários, a regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social, a implantação de saneamento básico,

assistência técnica, entre outras e para o qual se ter acesso, necessária se faz a elaboração do Plano Habitacional de Interesse Social, considerando as especificidades do local e da demanda, além da constituição de fundo com dotação orçamentária própria, destinado a implementar Política de Habitação de Interesse Social e receber os recursos do FNHIS , a instituição de Conselho que contemple a participação de entidades públicas, privadas e de segmentos da sociedade ligados à área de habitação, assim como a assinatura de termo de adesão ao SNHIS, a elaboração de relatórios de gestão e observância dos parâmetros e diretrizes para concessão de subsídios no âmbito do SNHIS.

Os Planos Habitacionais de Interesse Social, outrossim, devem ser elaborados de forma participativa, possibilitando a participação dos diferentes segmentos da sociedade, de modo a viabilizar o controle social e a gestão democrática.

5. Além do Plano Diretor, qual outro instrumento serve ao planejamento urbanístico municipal?

As normas que constituem o regime urbanístico do solo complementam as disposições do Plano Diretor, disciplinando a utilização do solo nos aspectos atinentes à habitação, trabalho, circulação e recreação, visando a assegurar sua utilização conforme a função social da propriedade. Assim, leis locais de parcelamento do solo, zoneamento, códigos de obras, códigos de posturas, etc., contribuem para o planejamento urbanístico, não suprimindo, contudo, a necessidade de elaboração de Plano Diretor.

6. Ocupações sob linhas de transmissão de energia elétrica podem ser regularizadas?

Jamais. As áreas sob linhas de transmissão de energia elétrica, por serem espaços privilegiados, no mais das vezes, pela sua localização no meio urbano, com fácil acesso a serviços, infraestrutura e ao trabalho, são um verdadeiro atrativo para uma população que, na sua grande maioria, compõe uma estatística de déficit de política habitacional e acaba se alocando nesses locais em busca de melhores oportunidades de vida e de moradia. São, entretanto, áreas consideradas não edificáveis, que anunciam inúmeros riscos à população (real e potencial), à saúde e à vida, afetando diretamente o direito fundamental à moradia adequada, além de trazerem prejuízos na seara do direito consumerista, pois as ocupações obstaculizam o acesso das companhias de energia elétrica às linhas para sua manutenção, gerando cortes frequentes

na transmissão de energia elétrica, com evidente ônus ao consumidor. Isso tudo, sem falar no descompasso que a irregularidade traz para a política de desenvolvimento urbano local.

Usucapião:

7. Exceção de usucapião alegada em defesa pode ser levada a registro?

O usucapião provocado por via de exceção, e sendo esta acolhida, não tem efeito "erga omnes", isto é, a sentença de improcedência do pleito petitorio não serve como título registrável, apesar do tumulto à interpretação patrocinado pelo artigo 7º da Lei n.º 6.969/81, hoje reprimido pelo artigo 13 do Estatuto da Cidade. Mas a coisa julgada material estabelecida na ação reivindicatória, com o reconhecimento da "exceptio usucapio", tem inexorável efeito "inter partes", impedindo a "nova proposição do usucapião pelo excipiente noutra demanda, assim como a petitoria ao autor da primeira demanda desacolhida" (Nequete, Lenine. Da Prescrição Aquisitiva, p. 29, Porto Alegre: Ajuris, 1981). Ou, em outras palavras, reconhecida a exceção de usucapião no leito reivindicatório, proposta a ação direta pelo então réu, há coisa julgada da "causa decidendi" entre as partes da ação reivindicatória julgada improcedente, não podendo tal questão ser renovada na ação prescricional aquisitiva.

A impossibilidade de registro deve-se ao fato de que usucapião é modo originário de aquisição da propriedade e, por esta característica nuclear, reclama angularização plúrima da relação processual, com citação dos sujeitos passivos específicos e dos chamados sujeitos passivos totais. O efeito mandamental previsto no artigo 945 do Código de Processo Civil exige que todos aqueles que, em tese, possam ser atingidos pelo decreto de procedência da ação prescricional aquisitiva participem do polo passivo desta, na condição de réus necessários, gerando a lei, inclusive, presunção de interesse. Neste sentido, observa-se, ementa de aresto enfrentando tal tema à luz do artigo 7º da Lei n.º 6.969/81, a saber:

"USUCAPIÃO ESPECIAL. MATÉRIA DE DEFESA. PROCEDIMENTOS E EFEITOS DA SENTENÇA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Argüida como exceção, com suporte no art. 7, da lei 6969/81, a usucapião especial não importa em declaração incidental e dispensa tanto a citação dos confinantes e dos réus ausentes, incertos e desconhecidos, como também a

cientificação das demais entidades previstas no par-3, do art. 5, da mesma lei e, inclusive, a presença do Ministério Público. A usucapião, no caso, opera como exceção de direito material e apenas significa uma forma de defesa utilizada pelo demandado, tanto que a sentença que, eventualmente, a reconheça, e que servira como título para transcrição, não produz efeitos em relação àquelas pessoas que da demanda não participaram, pois quanto a elas não há eficácia de coisa julgada material. Inviável, portanto, embutir a exceção de usucapião no ventre da demanda em que é suscitada, como se fosse uma verdadeira ação autônoma, objetivando declaração de aquisição originária de domínio com suporte na lei n.º 6969/81. Não pode subsistir, portanto, a decisão que anula o processo e ordena ao réu que emende a contestação, adequando-a aos termos do art. 5, daquela pauta normativa. Agravo provido, sem divergência. (Agravo de Instrumento n.º 193009255, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: João Pedro Pires Freire, julgado em 25/11/1993)" (grifou-se).

Aliás, é por motivação simétrica que na ação de usucapião, também por se tratar de modo originário de aquisição da propriedade, não existindo, assim, a disposição de vontade do proprietário de efetuar qualquer espécie de transação, não conduz à decisão antecipada da lide. Deve o prescribente, então, de qualquer forma, provar o direito material alegado, "rectius", suporte fático necessário, não sendo escorreito argumentar, para fins de julgamento antecipado da lide, que ninguém, dentro da gama enorme de interessados, compareceu para contestar o feito. A falta de contestação não pode predispor qualquer tipo de declaração de vontade pelo silêncio e sim pela simples perda do momento processual para contraditar. Há somente a ausência do contraditório (contumácia). Caso contrário, se estaria aceitando uma autêntica denúncia vazia em favor do usucapiente em detrimento do "dominus", ainda mais que a revelia não tem, e nem pode ter, a virtude de transmutar o quadrado em redondo e o preto em branco.

Por outro lado, estando o usucapião inserido na classe dos direitos absolutos, o direito de propriedade do titular dirige-se contra todas pessoas que a rigor teriam o dever de abstenção, não havendo gradação de intensidade entre o domínio e eles. São os denominados sujeitos passivos totais. Não existe pessoa determinada, como nas obrigações de crédito, criando-se qualquer espécie de vínculo material entre demandante e demandado. Assim, não há que se falar em abstenção de provar em virtude da falta de contestação do demandado, pois é questão que envolve postulação de eficácia "erga omnes". Nesse sentido, inclusive, ementa de aresto da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a saber:

“USUCAPIÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO. Inserindo-se o domínio dentre os direitos absolutos e a sentença declaratória em usucapião sendo oponível ‘erga omnes’, não se há de aplicar a pena de confissão sobre a matéria de fato em razão da revelia, pois, casos tais, posse ‘ad usucapionem’ não se presume contra uma comunidade inteira. Hipótese em que não há prova documental e, pois, inviável o julgamento antecipado. Apelação provida. Sentença desconstituída” (Apelação Cível n.º 599.326.865, relator Desembargador Fernando Braf Henning Júnior, julgada em 15.02.2000).

Cuidando-se de demanda que tem por objeto direito absoluto, repita-se, com sujeitos passivos totais no dizer de Pontes de Miranda, não se pode falar em presunção de veracidade.

8. É possível o reconhecimento de usucapião urbano com pedido de aquisição de área superior a 250m²?

O instituto do usucapião urbano foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 183, tendo sido o mesmo repetido em 2002 pela Lei n.º 10.406 – Código Civil.

Diz o artigo 1240 do Código Civil: “Aquele que possuir como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-se para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

A partir da leitura da lei podemos apontar os requisitos para o usucapião urbano:

- a) posse ininterrupta e sem oposição durante cinco anos;
- b) posse sobre área de até duzentos e cinquenta metros quadrados;
- c) utilização para moradia;
- d) autor não pode ser proprietário de imóvel urbano ou rural.

Logo, é possível concluir que o requisito da área será implementado se a posse for exercida em área de até 250m². Mister que se observe que a área total do imóvel pode ser superior a 250m², porém **a área de posse efetiva deverá estar adequada ao limite legal.**

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“USUCAPIÃO URBANO CONSTITUCIONAL. POSSE SOBRE ÁREA SUPERIOR AO LIMITE CONSTITUCIONAL. DESMEMBRAMENTO DA ÁREA. O limite da extensão territorial no usucapião urbano constitucional deve ser analisado em relação à posse faticamente exercida, não sendo lícito ao usucapiente exercer posse sobre área superior mas requerer domínio sobre área inferior, visando domínio sobre área inferior, visando burlar o dispositivo constitucional. Apelação desprovida. (Apelação Cível n.º 70000754622, 17ª Câmara Cível, TJRS. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Julgado em 21/03/2000)”

“USUCAPIAO CONSTITUIONAL URBANO. AREA DE POSSE SUPERIOR AO LIMITE ESTABELECIDO. IMPOSSIBILIDADE DA USUCAPIAO FUNDAR-SE NO ART-183 DA CF/88. SE A ÁREA DE POSSE EFETIVA DOS PRESCRIBENTES É SUPERIOR A DUZENTOS E CINQUENTA METROS QUADRADOS, IMPOSSÍVEL PRETENDER USUCAPÍ-LA EM FRAÇÃO MENOR E ADEQUADA AO LIMITE IMPOSTO PELO ART-183 DA CF/88. ENTENDIMENTO DIVERSO BURLA O ESPÍRITO DO CONSTITUINTE E É CAUSA DE INSEGURANCA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n.º 70000754606, 17ª Câmara Cível, TJRS. Relator: Fernando Braf Henning Júnior. 07/11/2000)”

9. É possível usucapião de área condominial?

A questão é controvertida, existindo posições favoráveis e posições contrárias.

É certo que o compossuidor, ostentando posse sobre parte certa, determinada e individualizada dentro de um todo, sem oposição dos demais compossuidores e “cum animus domini”, poderá usucapir a sua porção, ficando seu quinhão excluído da compossessão. Também é possível usucapião da globalidade do bem imóvel se o compossuidor passe a exercer posse excludente dos demais, “pro suo” e afastando a estes. O uso não poderá advir de autorização, ainda que tácita, dos demais.

Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“USUCAPIÃO. CONDOMÍNIO. PODE O CONDÔMINO USUCAPIR, DESDE QUE EXERÇA POSSE PRÓPRIA SOBRE O IMÓVEL, POSSE EXCLUSIVA. CASO, PORÉM, EM QUE O CONDÔMINO EXERCIA A POSSE EM NOME DOS DEMAIS CONDÔMINOS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO (COD. CIVIL, ARTS. 487 E 640), ESPÉCIE EM QUE NÃO SE APLICA O ART. 1.772, PARÁGRAFO 2. DO CO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Resp. 10978/RJ. Relator Ministro Nilson Naves. Terceira Turma. 25/05/1993).”

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando ação divisória, manifestou-se da seguinte forma:

“AÇÃO DIVISÓRIA. Não se tornando o condômino ‘pro diviso’ senhor exclusivo da área possuída dentro da coisa comum, não pode impedir, na partilha regular, venha uma parcela de sua posse a ser atribuída a outro condômino, se tal se fizer necessário para a justa divisão do bem comum. O que a lei lhe confere é apenas uma preferência para tirar seu quinhão no local da posse. É possível a discussão de domínio na ação divisória. Reconhecida a existência do usucapião em relação à parte destacada do imóvel em favor de um dos condôminos, resulta daí que a divisão levará em consideração esta circunstância. Apelo parcialmente provido.” (Apelação Cível n.º 598.163.574, 20a Câmara Cível, relator José Aquino Flores de Camargo, julgado em 22/12/98).

Porém, não é possível usucapião de área condominial, pois o prescribente estaria adquirindo de forma originária algo que já integra, ainda que “pro indiviso”, seu patrimônio.

Por outro lado, há quem sustente o contrário. Luiz Guilherme Loureiro (Direitos Reais. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 211) afirma que “as partes comuns de um edifício podem ser usucapidas por um dos condôminos, porque este possui em nome próprio e não é um possuidor precário. Essa posse em nome próprio é continuação da composses de toda coisa comum, que não se pode dividir proporcionalmente ao direito de cada compossuidor, mas que pode ser gozada, no seu todo, por cada um deles.”

10. Como se caracteriza a oposição à posse?

Com efeito, a oposição, no sentido que lhe emprestou o legislador, não significa a inconformidade, nem tratativas com o fim de convencer alguém

a demitir a si a posse de determinado imóvel. Traduz, em realidade, medidas efetivas, perfeitamente identificáveis na esfera judicial, visando quebrar a continuidade da posse, opondo à vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes inerentes do domínio qualificador da posse. Enfim, para que a posse preencha o requisito da não-oposição, deve-se provar que a mesma tenha sido exercida sem que o titular do domínio ou um legítimo interessado tenha feito uso dos meios hábeis à interrupção da prescrição: citação em ação que, julgada procedente, acarretasse, por isto, a perda da posse. "A espécie mais vulgar de interrupção é a perda da posse, porque os arts. 550, 551, 618 e 619 somente admitem como elemento do suporte fático das suas regras jurídicas a posse contínua. Fora daí, interrompe o curso do prazo prescricional a citação. Mas **a citação somente interrompe se a possessória ou a petítoria vem a ser julgada procedente.** Os arts. 553 e 619 aludem à não-oposição de alguém à posse. De modo que a oposição tira à posse a qualidade de elemento do suporte fático para incidência daquelas regras jurídicas. É o requisito da pacificidade. 'Mas é preciso que exclua a posse'" (de Miranda, Pontes. Tratado de Direito Privado, tomo XI/126, § 1.193, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983).

11. É possível usucapião de terras devolutas?

Não, pois são bens públicos, e por isso insuscetíveis de serem usucapidos. Na lição de Arnaldo Rizzardo (Direito das coisas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 890) "A partir dos decretos n.º 19.924/31 e 22.785/33, ficou proibido o usucapião de terras devolutas. O art. 1º do decreto n. 19.924 expõe: 'compete aos Estados regular a administração, concessão, exploração, uso e transmissão de terras devolutas, que lhes pertencerem, excluída sempre a aquisição por usucapião e na conformidade do presente decreto e leis federais aplicáveis'. E o art. 2º do último diploma: 'os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião'. Atualmente predomina, em face de tais estatutos, o princípio da imprescritibilidade das terras devolutas, a menos que tenha decorrido o prazo anteriormente aos mencionados decretos. As disposições foram acolhidas pela jurisprudência, que destaca mais o decreto n.º 22.785: 'podem ser adquiridas por usucapião as terras devolutas, desde que fique comprovada a posse superior a trinta anos anteriormente à vigência do decreto n.º 22785/33' A Constituição Federal arrola as terras devolutas como bens públicos: art. 20 'são bens da União: ... II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em Lei'. E o art. 26: 'incluem-se entre os bens dos Estados: ... as terras devolutas não

compreendidas entre as da União’.”

12. Qualquer imóvel que não possua registro imobiliário enquadra-se no conceito de terra devoluta?

Primeiramente, é preciso destacar que terras devolutas não são todas aquelas em que não há inscrição imobiliária a favor de particular.

Entende-se que, com a proclamação da República, as terras devolutas, que eram da Nação, pela Constituição de 1981 passaram a ser dos Estados-membros, prosseguindo apenas no domínio da União as que eram indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. A regra é que as terras devolutas ou pertencem aos Estados-membros ou à União. Só pertencerão ao Município aquelas que o respectivo Estado-membro transferir ao referido ente público.

Terras devolutas são aquelas que pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo. As terras devolutas são bens públicos dominicais. Com exceção das terras devolutas sitas na faixa de fronteira – que é a faixa de 150km de largura, ao longo das fronteiras terrestres, considerada fundamental para a defesa do território nacional (§ 2º do art. 20 da Constituição) – e que pertencem à União, por força do art. 20, II, da Lei Magna, as demais, que não hajam sido trespassadas aos Municípios, são de propriedade dos Estados. A União precisa, além de provar que não há o registro, provar que a terra lhe pertence, não estando entre as terras devolutas de Estados. A concepção de que o que não estiver expressamente registrado a favor de alguém, pertence à União, está definitivamente afastada, prevalecendo a dupla necessidade de comprovação, a saber: inexistência de registro; propriedade da União. Nesse sentido, julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO. SIMPLES ALEGAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL DE QUE O IMÓVEL USUCAPIENDO LHE PERTENCE, POR DEVOLUTO E NÃO REGISTRADO PELO DOMÍNIO PARTICULAR, NÃO CONDUZ AO DESLOCAMENTO DO JUÍZO COMUM PARA O FEDERAL, DESACOMPANHADA QUE ESTÁ DO MÍNIMO DE PROVA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n.º 585030067, 5ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Sérgio

"USUCAPIÃO. TERRAS DEVOLUTAS. CONCEITO DO QUE SEJA TERRAS DEVOLUTAS.

Na ação de usucapião, se a prova evidencia que o imóvel não se encontra registrado em nome de nenhuma pessoa, ao Estado cabe o ônus de provar que se trata de terra devoluta. O usucapiente não tem o ônus de provar de que se trata de terra do domínio particular" (Apelação Cível nº 584.012.777, relator Desembargador Túlio Medina Martins, julgada em 03.06.86)."

13. O que é justo título, para fins do artigo 1.242 do Código Civil?

Doutrina e, principalmente, a jurisprudência controvertem sobre a conceito e extensão do justo título para fins do usucapião ordinário. Tradicionalmente, ou de forma ortodoxa, conceitua-se justo título, seguindo-se a doutrina francesa, como "todo ato formalmente adequado a transferir o domínio, ou o direito real de que trata, mas deixa de produzir tal efeito em virtude de não ser o transmitente senhor da coisa, ou do direito, ou lhe faltar o poder legal de alienar" (Nequete, Lenine. "Da Prescrição Aquisitiva", p. 173, 2ª edição, Porto Alegre, Sulina, 1970). Orlando Gomes, ainda dentro de um ponto de vista clássico, amplia a definição de justo título, conceituando-o como o "ato jurídico abstrato, cujo fim é habilitar alguém a adquirir a propriedade", mas que, por algumas causas determinadas, como, por exemplo: a) a aquisição "nom domino"; b) a aquisição "a domino", em que o transmitente, ou não gozava do direito de dispor, ou transfere por ato nulo de pleno direito; c) a existência de erro no modo de aquisição, "deixa de produzir o seu efeito", sendo, portanto, justo título "o ato translativo que não produziu efeito, o título de aquisição ineficaz" ("Direitos Reais", p. 165, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980). A par disso, segmento doutrinário respeitável coloca como requisito indispensável para configuração do justo título a transcrição no registro imobiliário, quando somente por esse ato se adquire a propriedade. Dentro desse contexto, a cessão de direitos possessórios, tal como o consagrado na sentença vergastada, não se afiguraria como justo título para fins de usucapião ordinário, pois não seria título hábil, em tese, para transferência da propriedade da "res".

Por outro lado, não pode ser olvidada a posição sustentada pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos da apelação cível nº 589.019.629, definiu

justo título, para o efeito do usucapião ordinário, como aquele documento “que basta para legitimar o fato da posse com ânimo de dono, transferida de acordo com o sistema jurídico vigente.” Em razão da excelência da manifestação pretoriana, segue transcrição literal do voto:

“O justo título, como requisito para usucapião ordinária, tem sido definido em termos bem restritos, a tal ponto que a experiência forense raramente registra pedido de usucapião por este fundamento, podendo dizer-se que a interpretação restritiva praticamente impede a incidência da norma. Apesar da predominância desse entendimento na doutrina e na jurisprudência, penso que se deva reexaminar o tema para definir-se como justo título aquele que legitima o fato da posse, pois o justo título não há o de ser o da propriedade, mas, tão-só, o da posse. Pedro Nunes (Do Usucapião, 4ª edição, p. 43) invoca a lição de Câmara Leal para primeiramente definir como título ‘o motivo jurídico pelo qual o possuidor começou a deter a coisa e a havê-la como própria’ e como justo título o que se apresenta com ‘veemente aparência de legitimidade’. Para ser título, em se tratando de usucapião, deve-se considerar apenas o título da posse; para ser justo, basta que sirva para legitimar a existência do fato, de acordo com as regras jurídicas vigentes. Nesse conceito, portanto, o justo título da posse é aquele que sirva para legitimar a consciência do possuidor de que tem direito à posse do bem em razão de um ato juridicamente admitido pelo ordenamento. Tem justo para posse aquele que passa a ocupar um imóvel, com ânimo de dono, em razão de um contrato de promessa de compra e venda celebrado com aquele que detinha a titularidade do domínio ou com aquele que também era titular de uma promessa de compra e venda registrada, como ocorre no caso dos autos, pois ambos podiam alienar o domínio e estavam legitimados a transferir a posse do bem. É verdade que a veneranda sentença apelada tem em seu prol ensinamentos, os mais respeitáveis, mas é preciso interpretar a lei de acordo com os fins sociais a que ela se destina, em obediência aos princípios indicados na lei de introdução e aos enunciados na nova Constituição Federal, de tal modo que o dispositivo legal que prevê a usucapião ordinária, em tempo curto, também possa ser aplicado em favor do possuidor com ânimo de dono que tenha ingressado no imóvel em razão de um título outorgado por quem lhe poderia transferir legitimamente a posse. É preciso distinguir entre a usucapião extraordinária, que favorece a todos, inclusive aos de má fé, e a ordinária, em benefício daqueles que de boa fé e legitimamente recebem a posse do imóvel” (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nº 146, os. 238/240).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, flexibilizando a posição ortodoxa, ainda que por maioria de votos, consagrou entendimento no sentido de que a promessa de compra e venda, pois verdadeiro direito real de aquisição, é justo título para fins do artigo 551 do Código Civil, mas afasta deste contexto a cessão de direitos possessórios. Na dicção da ementa oficial vencedora, tendo "direito à aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula nº 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito à adjudicação, gera direito à aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao artigo 551 do Código Civil" (REsp. nº 32-972/SP, 3ª Turma, relator designado Ministro Nilson Naves, julgado em 19.03.1996, publicado no DJU em 10.06.1996 - RT 732/181).

14. Quando a realidade fática não coincide com a registral: usucapião ou retificação de registro?

Aprioristicamente, há que se considerar que a retificação visa a adequação dos dados cadastrais à realidade fática, não estando a retificação prevista no artigo 213 da lei 6.015/73 atrelada a qualquer dimensão, para mais ou para menos, bastando que se demonstre que houve erro no registro imobiliário. A ação de usucapião só terá cabimento quando o caso for de área sobressalente, de sobra de áreas, as quais se quer incorporar ao patrimônio do autor. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"REGISTRO IMOBILIÁRIO. RETIFICAÇÃO. SOBRAS DE ÁREA. AQUISIÇÃO DE DOMÍNIO. VIA INADEQUADA. CARÊNCIA DE AÇÃO. Não há que confundir retificação de registro imobiliário com regularização de sobras de área. A retificação se impõe sempre que o titular de domínio constatar inadequação entre a realidade fática de seu imóvel e o constante dos cadastros imobiliários, por erro nos lançamentos registrais. A sobra de área, faticamente detectada, pressupõe área não titulada, cuja aquisição poderá ser objeto de declaração judicial, via usucapião, presentes os requisitos pertinentes. Nenhuma nem outra encontram qualquer fundamento ou vinculação com a respectiva dimensão. Constatado, in casu, que o imóvel registrado reclama correção, mas não nos termos postulados, onde se incluiu pretensão de aquisição de propriedade

sobre sobras de área, é de ser extinta a relação processual por manejo de via inadequada, caracterizando carência de ação. Apelação Desprovida” (Apelação Cível n.º 70008230559. 17ª Câmara Cível, TJRS. Relator: Elaine Harzhein Macedo, julgado em 08/06/2004)

Em razão da excelência da manifestação, segue transcrição literal do voto:

“Assim, por exemplo, quando uma área apresentar sobras de terra, a questão fática já não é mais de retificação, e sim, pelo menos em tese, de pretensão de usucapião, caso essa sobra esteja na posse daquele que também é titular de área contígua, registrada, que não se confunde com a sobra. Sobras de terra é conceito que se incompatibiliza com o erro de registro. Se é sobra, é exatamente porque tal faixa não está registrada, ainda que sob exercício fático de posse do mesmo titular de domínio da outra área, esta sim titulada. Se não há sobra – e sobra de terra é sempre questão fática e, portanto, passível de ser fisicamente identificada – mas as medidas (lineares ou de área ou ambas), faticamente constadas, não correspondem ao constante do registro, há erro e erro, nesse caso, retifica-se o registro na forma do art. 213, do predito diploma legal. As situações fáticas são distintas e distintos são os conceitos jurídicos como também distintas são as vias jurisdicionais que a parte tem a seu dispor para compor uma e outra situação, ambas carentes de intervenção judicial. Em nenhum desses conceitos, porém, se insere o elemento quantitativo de área a ser usucapida ou de área a ser retificada. A título de mero argumento, pode-se ter uma faixa sem título, mas sob posse ad usucapionem, que corresponda a 1 ou 2% do total da área contígua efetivamente titulada. Ainda assim, a via adequada é a usucapião, por uma razão muito simples: posse continuada e por determinado período temporal é forma de aquisição de propriedade, independentemente do tamanho do imóvel possuído. Já a retificação também independe de cálculos aritméticos (nada mais equivocado que o raciocínio que segue: no registro consta x , na nova descrição a área fica sendo de y , sendo que y é maior que x , acrescentando-se ao patrimônio do autor essa diferença). O titular do direito de retificação tinha antes e depois da retificação o mesmo patrimônio, sem qualquer alteração fática. Apenas pretende obter no cadastro imobiliário a descrição real (registro = vida) em substituição a uma retificação fictícia, irreal, errônea. Nesse sentido, correto afirmar que retificação de registro não é meio para se adquirir propriedade. A propriedade foi, é e continuará sendo a mesma, apenas seu cadastro imobiliário que deverá ser corrigido. Não há, pois, aquisição de propriedade via retificação de registro. Daí porque ausente qualquer possibilidade de fungibilidade entre as duas ações.” (grifou-se).

15. Como se caracteriza o "animus domini"?

É verdade que o Código Civil, no que se refere à teoria geral da posse, adotou a posição preconizada por Ihering, a chamada corrente objetiva, onde o elemento anímico constitutivo do conceito de posse, o "animus", é definido, apenas, com "vontade de proceder como habitualmente procede o proprietário". É comezinho, entretanto, que o "animus domini", elemento subjetivo qualificado do conceito de posse da teoria da Savigny, foi incorporado ao suporte fático necessário das diversas modalidades de prescrição aquisitiva. A lei, ao estabelecer que o usucapiente tenha a coisa "como se sua fosse", exige, de forma clara, que ele tenha, pois, "cum animus domini". E já se disse, é verdade, que este elemento anímico é "requisito substrativizado, subjetivamente colocado nos lindes nos limites do alcance intelectual do usucapiente, dividindo-se em atos e reações subjetivo-objetivas, podendo colocar-se em seu contexto até a inexistência de reação por parte dos demais, para que o entenda como reconhecimento à sua intenção de dono" (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul n.º 97, p. 357).

Ocorre que tal conceito, pródigo em extensão não possui contornos científicos. Como explicar, por este prisma, o elemento subjetivo em relação a um infante (que estaria usucapindo em razão de "accessio possessionis" a título universal, por exemplo) ou em relação às pessoas jurídicas? Em realidade constata-se a existência, ou a ausência do "animus domini" por exclusão, no momento da imissão da posse da "res" pelo prescribente. Haverá a exclusão do elemento subjetivo qualificado quando o possuidor for direto, nos termos do art. 486 do Código Civil, ou, obviamente, mero detentor. Situações legais que afastam, à evidência, o requisito "ter a coisa como se sua fosse". Sobre o tema, a lição do insigne e saudoso mestre Orlando Gomes:

"O 'animus domini' precisa ser frisado para, de logo, afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse. Em seguida, devem ser excluídos os que exercem temporariamente a posse direta, por força de obrigação ou direito, como, dentre outros, o usufrutuário, o credor pignoratício, e o locatário. Nenhum deles pode adquirir, por usucapião, a propriedade da coisa que possui em razão do usufruto, penhor ou locação. É que, devido à causa da posse, impossível se torna possuírem como proprietários. Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça posse 'cum animus domini'. Se há obstáculo objetivo a que possua com esse 'animus', não pode adquirir a propriedade por usucapião.

A existência de obstáculo subjetivo impede apenas a aquisição que requer boa-fé. Por fim, é preciso que a intenção de possuir como dono exista desde o momento em que o prescribente se apossa do bem. inexistindo obstáculo objetivo, presume-se o 'animus domini'" (autor citado, Direitos Reais, p.158, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985).

No mesmo diapasão, ementa de aresto do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, a saber:

"USUCAPIÃO. ORIGEM DA POSSE. PROVA.

1. Hipótese em que a 'causa possessionis' da área usucapienda é verdadeiro óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva perseguida, independente do prazo de ocupação do lote (CC, art. 550).
2. Prova em que, em razão do parentesco colateral de segundo grau entre o companheiro do usucapiente o contestante, conforta a alegação de contrato de comodato verbal pactuado por estes e que, mormente porque chancelada pelo silêncio da autora, encontra supedâneo na lógica do razoável.
3. A ninguém é dado 'sponte sua' alterar a natureza de sua posse"(Apelação Cível n. 599.396.314, relator Desembargador Demétrio Xavier Lopes Neto, julgada em 21/03/2000).

Loteamento:

16. É possível registrar loteamento se parte dos terrenos previstos no projeto situam-se em APP?

Evidentemente se o lote preservar área que não permita a edificação, nenhum problema. Os espaços de áreas de preservação permanente podem integrar o domínio do particular. Nesse caso, o direito de propriedade será exercido em conformidade com a preservação do meio ambiente necessária àquela área. Nada impede o exercício do direito de propriedade, compatibilizado com a preservação do meio ambiente. Aliás, a própria Lei n.º 6.766/79 consagra a possibilidade de implantação de parcelamento ao longo das águas correntes, desde que observada a faixa não-edificável de 15m (quinze metros) de cada lado (artigo 4º, inciso III, da Lei n.º 6.766/79), vale dizer: os lotes resultantes do parcelamento podem, inclusive, abarcar a faixa não-edificável, mas não se permite edificar em tal espaço. De observar, ainda, que a Lei n.º 11.977/2009, no art. 54, §1º permite a regularização fundiária de interesse social em APP, ocupadas até 31/12/2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

17. É possível a implementação de infraestrutura urbanística em área invadida?

Nos casos de inquérito civil que investiga ausência de infraestrutura em áreas invadidas é preciso que se observe:

- a) se as pessoas que lá se encontram implementaram o quinquênio legal para fins de usucapião especial;
- b) se há consolidação da situação possessória. Caso contrário, se a posse dos ocupantes for precária, estará afastada (ausência de legitimação na "causa possessionis") a possibilidade de regularização via "More Legal".

A infraestrutura urbanística reclamada, em circunstâncias tais, ficará comprometida, uma vez que, a rigor, trata-se de colocar dinheiro público em área particular, cuja posse dos ocupantes é objeto de disputa judicial.

Registra-se, por fim, que o ato de desapropriar desvela clássica hipótese de discricionariedade administrativa, onde, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração tem "certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma", ou seja, é a "liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal" (Curso de Direito Administrativo, p. 385, 13ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2001). Não se olvida que o Poder Judiciário pode, efetivamente, levar a efeito controle sobre os atos discricionários. E tal fiscalização se dá no âmbito da legalidade estrita, verificando se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, vedado, entretanto, o exame dos motivos determinantes da decisão pública. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção, qualquer delas será legal. Daí por que não deve o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. Como bem ponderou o Ministro do STJ José

Delgado, em passagem de voto, as "atividades de realização de fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente" (REsp. nº 169.876/SP, 1ª Turma, julgado em 16.09.98, RJSTJ 114/98). Modo diverso, a autonomia e independência dos poderes (artigo 2º da CF/88) restariam vulneradas.

18. É possível aplicação da Lei 6.766/79 e Provimento 21/11-CGJ em parcelamento do solo em zona rural?

Primeiramente, mister que se observe que a Lei do Parcelamento do Solo (n.º 6.766/79) leva em conta a destinação de uso dada ao solo e não a localização do imóvel. Parcelamento do solo para fins urbanos é aquele destinado à urbanização, ocupação, edificação.

Da leitura da mencionada lei, pode-se concluir que a implantação regular de parcelamento de imóvel rural (localizado em zona rural) para fins urbanos só é possível se lei municipal redefinir o seu zoneamento, transformando a zona rural ou parte dela (onde se encontra o imóvel) em zona urbana ou de expansão urbana. Isso porque, de acordo com o artigo 3º: "Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal."

Já a regularização de situação consolidada em local urbanizado situado em zona rural, é factível através do Provimento n.º 21/11 – CGJ. Diz o artigo 511 da CNR, com redação dada pelo Provimento:

"A regularização e registro de loteamento, desmembramento, fracionamento ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, incluindo situações de condomínio, ainda que localizados em zona rural, nos casos especificados, obedecerá o disposto neste provimento."

Criou-se, assim, heterodoxa possibilidade de regularização de local urbanizado situado em zona rural. E o supedâneo de tal permissão reside na valorização do critério da finalidade. Com efeito, todo e qualquer parcelamento do solo é regido por um destes dois diplomas legais: o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64) ou a Lei de Parcelamento do Solo para fins Urbanos (Lei n.º 6.766/79), sendo que a incidência de um ou de outro diploma legal depende da

finalidade do parcelamento e não, necessariamente, da situação do imóvel, se em zona rural ou urbana. Neste sentido, inclusive, ementa de aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a saber:

“CONSTITUCIONAL. PARCELAMENTO DO SOLO. SÍTIO DE LAZER. MATÉRIA RESERVADA A LEI FEDERAL. Os ‘sítios de lazer’ ou ‘clubes de lazer’ constituem forma de parcelamento do solo urbano que perdeu as características rurais e portanto, sob o regime da Lei Federal. Infração ao artigo 8º da CE/98. Normas urbanísticas são constitucionais. Ação julgada parcialmente procedente. (ADIN n.º 597.215.110, Tribunal Pleno, relator Desembargador Araken de Assis, julgada em 30.03.1998).”

Assim, o fato de se tratar de loteamento em zona rural não exime seu promotor de submissão às exigências da Lei do Parcelamento do Solo Urbano se aquele não possuir qualquer conotação rural, a não ser a localização fora da zona urbana. A regularização, em situações tais, passa pelas regras ora em comento.

Se a destinação rural for mantida em condomínio instituído, a solução que se descortina factível é a aplicação do Provimento n.º 07/2005 – CGJ (Projeto Gleba Legal).

19. É possível a desafetação de equipamentos urbanos previstos em projetos aprovados e registrados?

Leis municipais que desafetam áreas de uso comum do povo ou institucionais (especiais) são leis de efeitos concretos que, na dicção de Hely Lopes Meirelles, são normas “que trazem em si mesmas o resultado específico pretendido, tais como as leis que fixam limites territoriais, as leis que aprovam planos de urbanização, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contém mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual expõem ao ataque pelo mandado de segurança” (Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, p. 15, 11ªed., 1987, Editora RT). E dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio

público, ainda tendo como norte lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, "pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já trazem em si as consequências imediatas de sua atuação, como a que desapropriou bens, a que concede isenções, a que desmembra e cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que se equiparam aos atos administrativos e por isso mesmo são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesados" (ob. cit., p. 93). Assim, desde a publicação da chamada leis de efeitos concretos, o controle jurisdicional mostra-se factível. Observa-se, ainda, que todo o ato administrativo, para ser legítimo e eficaz, há que ser praticado em conformidade com a norma legal de regência (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade). A não-observância de tais princípios contamina o ato de ilegitimidade, passível de desconstituição via controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Segundo o escólio de José Cretella Júnior, de outra banda, os bens públicos, em sua tríplice identidade, são matizados em cargas diversas de inalienabilidade: "a principiando pelo bem de uso comum – 'carga máxima', passando-se pelo bem de uso especial – 'carga média', terminando-se pelo bem dominial, dotado de 'carga mínima' de inalienabilidade, sempre levando em conta a afetação, porque desafetado, o bem se desveste do mencionado atributo" (Bens Públicos, p. 340, Editora Universitária de Direito, 2ª ed., 1975). Aliás, é o que dispõe o artigo 100 do Código Civil, no sentido de que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial só perderão a inalienabilidade, que lhes é inerente, nos casos e na forma que a lei prescrever. Na dicção de Walmir Pontes, "os bens públicos, para serem alienados, necessitam primeiro sair, por disposição especial de lei, da área especial de utilização pública que estejam colocados, para só depois disso, isto é, depois de desafetados da sua finalidade, se tornar possível a sua alienação, mediante autorização legislativa", e "assim, pois, a área de terra que esteja, por exemplo, servindo a uma rua ou estrada pública, terá que primeiro ser desafetada ou retirada dessa sua destinação de uso comum para que o legislador possa autorizar a sua alienação a terceiro" (Programa de Direito Administrativo, p. 215, Sugestões Literárias, 2ª edição).

Dentro de um juízo axiológico apriorístico, pois, há que se entender como possível a alienação/cessão/concessão de bem público, se previamente desafetado, e considerada a discricionariedade absoluta do Município (artigo 30 da Constituição Federal) em tudo o que for seu peculiar interesse, no caso, as regras urbanísticas de parcelamento, ressalvadas,

todavia, as áreas reservadas de loteamento. Com efeito, a Lei n.º 6.766/79, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.785/99, por sua vez, ao disciplinar a questão do parcelamento do solo urbano, estabeleceu, no inciso I do artigo 4º, que as áreas livres de uso público (praças e parques) e sistema de circulação, deverão ser proporcionais à densidade de ocupação prevista no plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. Cuida-se de norma geral urbanística, com força vinculante para os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. E é, segundo a lição de Lúcia Valle Figueiredo, “dever do Município o respeito a essa destinação, não lhe cabendo dar às áreas que, por força da inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, passaram a integrar o patrimônio municipal qualquer outra utilidade. Não se insere, pois, na competência discricionária da Administração resolver qual a melhor finalidade a ser dada a estas ruas, praças, etc. A destinação já foi preliminarmente determinada.” (Disciplina Urbanística da Propriedade, p. 41, Editora RT, 1980). No mesmo diapasão é o escólio de Paulo Affonso Leme Machado, que estabelece que o ente público só poderia se conduzir com discricionariedade nas áreas do loteamento que desapropriasse e não nas áreas reservadas legalmente: “do contrário, estaria o Município se transformando em Município-loteador através de verdadeiro confisco de áreas, pois receberia as áreas para uma finalidade e, depois, a seu talante, as destinaria para outros fins” (Direito Ambiental Brasileiro, p. 244, Editora RT, 1989). Em suma: a desafetação de área pública que ingressou no patrimônio municipal pelo princípio do concurso voluntário só é contra-indicada se o referido próprio municipal enquadrar-se na categoria de bem de uso comum do povo.

Sobre o tema, o CONURB, em sua 1ª reunião ordinária editou dois enunciados:

Enunciado nº 01 (um): “É possível a desafetação por lei municipal de áreas institucionais, bens de uso especial”.

Enunciado nº 02 (dois): “Não é possível a desafetação de bem de uso comum do povo, uma vez que a aprovação do projeto tem força vinculante, podendo, entretanto e excepcionalmente, tendo como parâmetro os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ser admitida mediante compensação”.

20. O que é infraestrutura básica em loteamento?

O artigo 2º, § 5º da Lei n.º 6.766/79 disciplina os equipamentos urbanos que devem compor a infraestrutura básica de um loteamento:

“§ 5º - A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos

equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.” (alterado pela Lei 11.445/07)

21. O Município pode ser compelido a regularizar loteamento clandestino ou irregular?

Com efeito, o artigo 40 da Lei Federal n.º 6.766/79 estabelece que o Município poderá regularizar o loteamento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença. Deixa claro, assim, que se trata de faculdade, discricionariedade.

A jurisprudência, entretanto, vem flexibilizando tal dispositivo, consagrando o dever de regularizar em razão da culpa "in vigilando". E isso porque o Poder Público, na dicção de precedente do STJ, "tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar o loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, sem que a Prefeitura Municipal tenha usado seu poder de polícia ou das vias judiciais próprias, para impedir o uso ilegal do solo. O exercício dessa atividade é vinculado" (REsp. n.º 124.714/SP, 2ª Turma, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 22.08.2000). No mesmo diapasão, ementas de aresto da 1ª Turma do STJ, a saber:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DE SOLO. MUNICÍPIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Município, em se tratando de ação civil pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento de solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repellido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.
2. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.
3. O exercício dessa atividade é vinculada.
4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no pólo passivo da demanda" (REsp. n.º 194.732/SP, relator Ministro José Delgado, julgado em 32.02.1999, Diário de Justiça de 32.02.1999, p. 00083).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO URBANÍSTICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER DE REGULARIZAÇÃO.

1. O art. 40 da lei 6.766/79 deve ser aplicado e interpretado à luz da Constituição Federal e da Carta Estadual.

2. A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população.

3. As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária por todo o País, encerrando uma verdadeira 'contraditio in terminis' a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas.

4. A ressalva do § 5º do art. 40 da Lei 6.766/99, introduzida pela lei 9.785/99, possibilitou a regularização de loteamento pelo Município sem atenção aos parâmetros urbanísticos para a zona, originariamente estabelecidos. Consoante a doutrina do tema, há que se distinguir as exigências para a implantação de loteamento das exigências para sua regularização. Na implantação de loteamento nada pode deixar de ser exigido e executado pelo loteador, seja ele a Administração Pública ou o particular. Na regularização de loteamento já implantado, a lei municipal pode dispensar algumas exigências quando a regularização for feita pelo município. A ressalva somente veio convalidar esse procedimento, dado que já praticado pelo Poder Público. Assim, com dita ressalva, restou possível a regularização de loteamento sem atenção aos parâmetros urbanísticos para a zona. Observe-se que o legislador, no caso de regularização de loteamento pelo município, podia determinar a observância dos padrões urbanísticos e de ocupação do solo, mas não o fez. Se assim foi, há de entender-se que não desejou de outro modo mercê de o interesse público restar satisfeito com uma regularização mais simples. Dita exceção não se aplica ao regularizador particular. Esse, para regularizar o loteamento, há de atender a legislação vigente.

5. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.

6. Se ao Município é imposta, ex lege, a obrigação de fazer, procede a pretensão deduzida na ação civil pública, cujo escopo é exatamente a imputação do facere, às expensas do violador da norma urbanístico-ambiental.

5. Recurso especial provido.
(Resp 448216/SP, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma STJ, julgamento em 14/10/2003).

De igual teor ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela 6ª Câmara Cível, a saber:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMERCIALIZAÇÃO DE LOTES EM LOTEAMENTO IRREGULAR. LOTEAMENTO SEM INFRA-ESTRUTURA. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA NA REALIZAÇÃO DA VENDA E COMERCIALIZAÇÃO DOS LOTES. CONSUMIDORES LESADOS. DEVER DE INDENIZAR. OMISSÃO DO MUNICÍPIO NO SEU PODER-DEVER DE FISCALIZAR. MUNICÍPIO CONDENADO A REGULARIZAR OS LOTES E A IMPLEMENTAR AS CONDIÇÕES FALTANTES DE HABITABILIDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTAS PARA BUSCAR A EFETIVIDADE DO PROCESSO. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA E A DO MUNICÍPIO DESPROVIDA" (Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 70.002.222.891, relator Desembargador Antônio Guilherme Tanger Jardim, julgado em 09.04.2003).