

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SANEAMENTO BÁSICO: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

Liana Portilho Mattos¹

1. Introdução

As diferenças e as proximidades entre os institutos da posse e da propriedade há séculos desafiam a argúcia e a destreza de juristas e cidadãos comuns e, de uns tempos para cá, põem em pauta a (in)eficácia de direitos humanos fundamentais, especialmente o de morar e o de viver dignamente. Na verdade, talvez tenha sido sempre assim: a posse e a propriedade no eixo central do universo humano existencial – tal qual a Terra vista por Ptolomeu –, a transformarem as demais necessidades humanas em satélites orbitais, menores.

¹ Advogada formada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1997. Especialista em Análise Urbana pela Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito da Cidade pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atua em matérias ligadas ao Patrimônio Cultural e ao Direito Urbanístico e é Procuradora do Estado de Minas Gerais. Foi Presidente do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA/MG (2007/2008) e Subsecretária de Estado de Ensino Superior da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (2013/2014).

O Direito avança a passos lentos rumo a uma adequada compreensão do fenômeno da ocupação para fins de moradia e à realização de alguma justiça. Leis têm sido criadas no Brasil, especialmente após o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), numa tentativa de romper a teoria patrimonial de Ptolomeu e alcançar uma atualização que atenda à ciência juspolítica da realidade cotidiana, ou, em outras palavras – e sem glosa – que caiba dentro dos fatos que crescentemente clamam por normas que lhes garantam efetivamente direitos.

Neste trabalho, tratarei de um caso concreto que recebeu parecer da Advocacia-Geral do Estado em um processo administrativo do âmbito do Governo de Minas Gerais. Na ocasião, tive oportunidade de analisar uma dúvida fundada na interpretação das normas que regem a aplicação de recursos em obras de saneamento básico em programas de regularização fundiária no norte do estado. O documento em questão é o Parecer AGE n. 15.246, de 2 de maio de 2013. Os nomes dos órgãos consulentes e as instituições financiadoras envolvidas não serão aqui mencionados por se tratar de transação financeira eventualmente protegível por sigilo. Estavam postos em aparente conflito interesses jurídicos divergentes. De um lado, a necessidade de se implementar programa social de saneamento básico visando à construção de módulos sanitários para

famílias de baixa renda; de outro, exigências normativas que obstavam a implementação do programa social por fatos geradores de sua própria necessidade – a inexistência de regularidade jurídica dos imóveis a serem contemplados pelo programa.

Em linhas gerais, a antinomia posta estava bem delineada e os direitos fundamentais em jogo classicamente confrontados: segurança jurídica x direito à moradia; direito à saúde – saneamento básico x moradia. Na base dos valores fundamentais em jogo, um estava subjacente a toda a discussão: o princípio da função social da propriedade imobiliária. O imbróglio posto será explicado adiante.

2. Um caso concreto

Os órgãos consulentes levaram ao exame da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais diversas questões que, na verdade, levantavam uma só dúvida: a comprovação da regularização fundiária das áreas, entendida como regularização jurídica e dominial, objeto de investimentos públicos em saneamento básico e ocupadas por famílias de baixa renda, é uma exigência *sine qua non* à execução

das ações propostas nos programas sociais do Estado de Minas Gerais?

Importa esclarecer que a Secretaria de Estado consulente havia firmado contrato de financiamento com bancos públicos para a consecução de investimentos em projetos e processos na área de saneamento básico, especialmente na região do norte de Minas Gerais. Tratavam-se dos seguintes projetos: Projeto Estratégico Saneamento de Minas; Projeto Estratégico Vida no Vale; e Processo Estratégico Saneamento Básico - Copasa. Os órgãos e as entidades estaduais responsáveis pela execução dos recursos contraiídos pelo Estado de Minas Gerais tinham competências regulamentares de

[...] atender as regiões Norte e Nordeste do Estado com os serviços de abastecimento de água tratada, coleta e tratamento de esgotos sanitários e construção de módulos sanitários e de serviços domésticos em todas as casas desprovidas dessas instalações. (COPASA).

O escopo principal dos investimentos a serem executados pelos órgãos e entidades estaduais consulentes eram ações de saneamento básico destinadas a melhorar a qualidade de vida da população beneficiada, com destaque para a

“construção de módulos sanitários - banheiros - nas casas das famílias de baixa renda”, sob a justificativa, expressa na ocasião, de que tais ações contribuiriam sobremaneira para “evitar a proliferação de doenças, notadamente às de veiculação hídrica e ao lixo, preservando o cidadão e o meio ambiente, garantindo saúde às famílias. Para a maioria dos beneficiários, o uso do banheiro é uma novidade que gera mudança radical em seus hábitos e costumes”, segundo dados da consulta que embasou o Parecer AGE n. 15.246. Os órgãos consulentes registraram também, na consulta formulada, que todos os investimentos e ações seriam executados após um processo licitatório, construindo banheiros em moradias de pessoas carentes, selecionadas previamente, com apoio do Poder Público Municipal.

No entanto, por exigência constante do Manual de Operações de Crédito e dos próprios órgãos financeiros repassadores dos recursos envolvidos nas ações, apresentou-se dúvida acerca da modalidade e da forma de apresentação do documento, autenticado, de propriedade/posse do terreno a ser beneficiado.

É que, segundo informado na consulta, em muitos domicílios a serem abrangidos pelo Programa, não seria pos-

sível obter, num curto prazo, a documentação junto aos beneficiários, embora, segundo os municípios envolvidos, os ocupantes sejam “possuidores de boa-fé, apesar de ainda não possuírem a documentação regular (Título de Domínio do Imóvel)” (MINAS GERAIS, 2013, p. 3). Conforme esclarecimento do consulente, é de praxe em propriedades de baixa renda no Estado a ocupação do terreno de forma irregular, com a construção de diversas moradias em uma mesma área, muitas vezes com pessoas da mesma família (de pai para filho), que tais problemas acabam comprometendo questões ligadas ao próprio saneamento básico; e que, finalmente:

O caso em questão, se analisado sob o ponto de vista estritamente legal, levaria a uma solução inadequada: deixar de fornecer ao munícipe carente ações pontuais de saneamento básico, que visam melhorar suas condições de vida e saúde, direitos que são constitucionalmente garantidos ao cidadão. (MINAS GERAIS, 2013, p. 4).

Cientes da dificuldade em relação à apresentação dos documentos, tanto os órgãos financiadores dos programas quanto os próprios consulentes discutiram sobre a legalidade da apresentação de outros documentos aptos

a resguardar a aplicação dos recursos com segurança jurídica, formulando objetivamente as seguintes questões:

Diante do exposto e, principalmente, da impossibilidade de apresentação, em muitos casos, do documento regular de propriedade devidamente registrado, indaga-se:

a) É possível, nos casos de atendimento a famílias carentes, através da construção de módulos sanitários, a apresentação de outros documentos que visem identificar o beneficiário/possuidor (Declaração Pública de Posse, documento emitido pela Administração Municipal etc.), respeitando-se os termos dos Contratos de Financiamento celebrados pelo Estado?

b) É possível, no caso da implantação de poços artesianos, estações de tratamento de água, estações de tratamento de esgoto e outros equipamentos fundamentais ao Saneamento Básico, a apresentação de documentos que comprovem que o processo de regularização das áreas está em andamento, seja ele via desapropriação administrativa ou judicial ou, em se tratando de terras devolutas, certidão do cartório que comprove tal situação? (MINAS GERAIS, 2013, p. 4).

2.1 Função social da propriedade após a Constituição de 1988: Estatuto da Cidade, Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida

O assunto examinado não era novo na Advocacia-Geral do Estado, que já o havia enfrentado diante de questões de aplicação concreta do art. 4º do Decreto Estadual n. 43.635/2003², e diante de questão mais complexa e abrangente envolvendo a aplicação de recursos pelo Estado de Minas Gerais nos casos de situações de (ir)regularidade fundiária.³ Nessas oportunidades, foi destacada a importância de se contemplar os novos instrumentos jurídicos de regularização fundiária previstos no ordenamento jurídico brasileiro, no rol das possibilidades de situações de regularidade fundiária e, sobretudo, que se considerasse, nos casos de interesse social e de relevantes questões sanitárias, o eixo interpretativo norteador dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa

² Revogado pelo Decreto n. 46.319, em vigor desde 1º de agosto de 2014. As novas exigências para comprovação de posse e de propriedade de bens a receberem investimentos públicos estaduais estão no art. 24 do novo decreto: “A proposta do plano de trabalho para a celebração de convênio de saída que tiver por objeto a execução de reforma ou obra também deverá ser acompanhada de certidão de ônus reais do imóvel emitida nos últimos doze meses ou de documento que comprove a situação possessória do conveniente”.

³ Por exemplo, o Parecer AGE n. 15.081/2011.

humana e dos direitos sociais à saúde e à moradia dignas, inclusive em consonância com a concepção jurídica vigente contemporaneamente, da força normativa da Constituição, mas também por força de outras leis federais que trataram do assunto posteriormente a 2003.

No que toca ao tema da ocupação para fins de moradia no Brasil, assistimos a constantes mudanças não somente legislativas, como também jurisprudenciais e doutrinárias, no plano da interpretação dos conceitos jurídicos de **posse** e de **propriedade**. Tais conceitos, tradicionalmente interpretados sob a ótica exclusiva da legislação civilista, vêm sofrendo profundas “ressemantizações” na dogmática jurídica, sobretudo no sentido de se criarem mecanismos e instrumentos para dar dignidade e efetividade social concreta à situação possessória, especialmente diante da constatação irreversível da dimensão exorbitante da irregularidade fundiária no Brasil.

É que as regras contidas no art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 denotavam, grosso modo, o entendimento da posse como situação de exceção, como se vê, *in verbis*, com destaque para o *caput*:

Art. 4º O convênio que tiver por objeto a execução de obras e benfeitorias deverá ser acompanhado de certidão de registro de imóvel, do cartório competente, **que comprove a sua propriedade**.

§ 1º Poderão ser apresentados alternativamente à certidão de registro de imóvel, por interesse público e social, os seguintes documentos:

I - Comprovação de posse através de escritura pública de doação, compra e venda, concessão de direito real de uso pelo período mínimo de 10 (dez) anos, desapropriação mediante acordo extrajudicial, lavrada em Cartório, com cláusula de imissão imediata na posse;

II - Comprovação de ocupação regular do imóvel:

a) em área desapropriada por Estado, por Município ou pela União, com sentença transitada em julgado no processo de desapropriação:

1. quando o processo de desapropriação não estiver concluído, será permitida a comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel via Termo de Imissão Provisória de Posse ou alvará do juízo da vara onde o processo estiver tramitando, admitindo-se, ainda, caso esses documentos não hajam sido emiti-

dos, a apresentação de cópia da publicação, na imprensa oficial, do decreto de desapropriação e do Registro Geral de Imóveis/RGI do imóvel, acompanhado do acordo extrajudicial firmado com o expropriado;

b) em área devoluta, autorizada ao ente municipal por meio de decreto do governador do Estado ou documento formal do poder executivo federal:

1. quando se tratar de terra devoluta do Estado de Minas Gerais será aceito como comprovante, caso o Decreto ainda não tenha sido assinado pelo Governador, cópia do extrato do Convênio celebrado entre a prefeitura e o Instituto de Terras do Estado de Minas Gerais-ITER;

c) recebido em doação:

1. termo de doação, ou instrumento equivalente, da União, do Estado, do Município, já aprovado em lei, conforme o caso, e, se necessária, inclusive quando o processo de registro de titularidade do imóvel ainda se encontrar em trâmite; e

2. promessa formal de doação irretratável e irrevogável, registrado em cartório de pessoa física ou jurídica, inclusive quando o processo de registro de titularidade

do imóvel ainda se encontrar em trâmite;

d) pertencente a outro ente público que não o proponente, desde que a intervenção esteja autorizada pelo proprietário;

e) tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, ou Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico - IEPHA desde que haja aquiescência do Instituto;

III - contrato ou compromisso irretratável de constituição de direito real sobre o imóvel na forma de cessão de uso, permissão de uso, comodato, concessão de uso, concessão de uso especial pelo período mínimo de 10 (dez) anos; ou

IV - comprovação de ocupação da área:

a) por comunidade remanescente de quilombos, certificada nos termos do § 4º do art. 3º do Decreto Federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, pelo seguinte documento:

1. ato administrativo que reconheça os limites da área ocupada pela comunidade remanescente de quilombo,

expedido pelo órgão do ente federativo responsável pela sua titulação; ou

2. declaração de órgão, de quaisquer dos entes federativos, responsável pelo ordenamento territorial ou realização fundiária, de que a área objeto onde será executada a obra e/ou reforma é ocupada por comunidade remanescente de quilombo, caso não tenha sido expedido o ato de que trata a alínea anterior;

b) por comunidade indígena, mediante documento expedido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

§ 2º Os documentos que tratam os incisos I e III deverão vir acompanhados do registro do imóvel emitido nos últimos 12 (doze) meses.

§ 3º A apresentação dos documentos constantes no inciso I, no item 1 da alínea “a” e nos itens 1 e 2 da alínea “c” do inciso II deverá vir acompanhado de Declaração do Prefeito Municipal ou do Titular da entidade para a qual tenha sido transferido recurso mediante convênio, na qual se comprometerá a regularizar a documentação do imóvel.

§ 4º Durante o período de execução da obra e/ou reforma, o órgão ou a entidade concedente é responsável pelo exame da regularidade da documentação de que trata o § 3º.

§ 5º O recurso deverá ser devolvido, corrigido monetariamente, caso não se comprove a regularização da documentação do imóvel até o final da vigência do Convênio, sob pena de incorrer as sanções legais cabíveis. (MINAS GERAIS, 2003, p. 1, grifo nosso).

Além da posse e da sua comprovação configurarem quase exceções, o §3º do art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 deixava entrever ainda que, segundo o espírito da norma, os documentos comprobatórios de posse ali previstos seriam irregulares, como se interpreta da cumulativa exigência prevista no seguinte parágrafo:

§3º A apresentação dos documentos constantes no inciso I, no item 1 da alínea “a” e nos itens 1 e 2 da alínea “c” do inciso II deverá vir acompanhado de Declaração do Prefeito Municipal ou do Titular da entidade para a qual tenha sido transferido recurso mediante convênio, na qual se comprometerá a regularizar a documentação do imóvel. (MINAS GERAIS, 2003, p. 1).

Portanto, restava claro que o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 dispunha de maneira confusa e retalhada acerca das possibilidades previstas no ordenamento jurídico nacional de se comprovar a regularidade das situações fundiárias, que tanto pode se dar pela via proprietária, com a certidão de registro do imóvel, quanto pela via possessória, com certidões de regular ocupação possessória, mediante diversos instrumentos jurídicos: cessão de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso, comodato, legitimação da posse, entre outros.

O direito das coisas está em crise, em razão do declínio de um sistema de normas que se assentava na preponderância da propriedade imóvel:

O Código Civil de 2002, na seara do direito das coisas, tem a difícil tarefa de fazer valer normas operativas, que deem concretude à função social da propriedade e dos demais direitos reais. A efetiva mudança não é de regras pontuais, como a criação do novo direito real de superfície ou a eliminação do antigo direito real de enfiteuse, mas de mentalidade, sobretudo a de encarar o principal direito real – o de propriedade – como um mero centro de interesses, ao qual podem ser opostos outros centros de interesses não

-proprietários, sem que haja necessariamente a supremacia do primeiro (PELUSO, 2009, p. 1.097).

Nesse sentido, os princípios fundamentais trazidos pela Constituição de 1988 impuseram toda uma revisão hermenêutica de tradicionais conceitos jurídicos antes tidos como restritos à esfera civilista, como são exemplos os princípios da função social da propriedade - art. 5º, XXIII, da CF - e da posse, que impõem um uso conforme o interesse público e social mais amplo. Tal entendimento, por certo, irradia efeitos nas situações concretas e na necessidade de se pensar – e prever – mecanismos e instrumentos jurídicos para a promoção de programas de regularização fundiária, entre outros.

Sabe-se que com a crescente “despatrimonialização” do direito civil e a absorção dos valores constitucionais pela legislação civil, a pessoa humana concretamente considerada é que passa a ser o centro do ordenamento jurídico. Com isso, a proteção à dignidade humana também passa a ser o valor e o objetivo preponderante, em última análise, da norma jurídica, o que acaba por potencializar ações concretas destinadas à diminuição da pobreza, em resgate da cidadania plena e em afirmação de outros direitos sociais.

A par de estabelecer o direito à saúde como direito fundamental social (art. 6º, caput), a Constituição de 1988 inseriu-o, ainda, no conceito de dignidade humana, princípio basilar da República, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pois não há se falar em dignidade se não houver condições mínimas de garantia da saúde do indivíduo. Assim, a saúde não somente é elemento indispensável à dignidade humana quanto à própria vida – tutelada no caput do artigo 5º da Constituição, que preconiza a inviolabilidade do direito à vida, o mais fundamental dos direitos.

Vale destacar também o que diz o art. 196 da Constituição, ao relacionar diretamente a proteção do direito à saúde com a garantia de medidas sociais voltadas para a redução de riscos de doença, como é o caso das políticas na área do saneamento básico para famílias de baixa renda:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Como deixa explícito o dispositivo constitucional acima transcrito, o direito à saúde é dever do Estado, regido pelos princípios da universalidade (acesso universal) e da isonomia (acesso igualitário), como reiteradas vezes preconizou o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, como o que se transcreve a seguir:

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.⁴ (BRASIL, 2010).

No âmbito da competência comum dos entes federados, o artigo 23, em seu inciso II, dispõe sobre a iniciativa de cuidados para com a saúde e assistência pública, sendo, portanto, dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelarem pela saúde da população, valendo ressaltar, ainda, o que dispõe o inciso IX do referido artigo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

⁴ Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

[...]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (BRASIL, 1988).

Na esteira desses preceitos constitucionais, a Lei n. 11.445/07 veio dispor sobre as diretrizes nacionais do saneamento básico, donde vale destacar as normas contidas em seu art. 2º, que contém os princípios fundamentais das políticas de saneamento, entre os quais destaco:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - **articulação** com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; (BRASIL, 2007, grifo nosso).

De fato, consoante dispõe o inciso VI do art. 2º da Lei n. 11.445/2007, não há dúvida de que o saneamento básico é fator determinante para o pleno desenvolvimento e

êxito de qualquer política de desenvolvimento urbano e regional, de combate à pobreza e de sua erradicação, de promoção da saúde e de qualquer outra política voltada para melhoria da qualidade de vida. A palavra-chave, portanto, é articulação entre as políticas sociais voltadas para a melhoria da qualidade de vida humana e da saúde.

Nesse sentido, ao “regulamentar” o princípio da função social da propriedade previsto no art. 5º, XXIII da Constituição, o Estatuto da Cidade também tratou da regularização fundiária de maneira juridicamente contemporânea, harmonizada com os princípios fundamentais constitucionais, pelo que se pode afirmar, em grossa síntese, que o Estatuto da Cidade consolidou quatro marcos jurídicos no ordenamento brasileiro: a noção de função social da propriedade, a gestão democrática da cidade, os instrumentos jurídico-urbanísticos para a gestão do solo urbano e, sobretudo – é o que nos interessa aqui –, o direito de permanência dos ocupantes de terras para fins de moradia em assentamentos irregulares, assegurando-lhes novos mecanismos de tutela para seus direitos possessórios.

A natureza de fundamentabilidade do próprio direito à cidade é correlata do desenvolvimento urbano ordenado

e ecologicamente equilibrado (previsto no caput do art. 182 da Constituição), que, por sua vez, guarda correspondência com a afirmação do princípio da função social da propriedade como condição para a concretização da dignidade da pessoa humana, valendo citar como restam compreendidos esses direitos a teor do inciso I do art. 2º do Estatuto da Cidade:

“[...] direito à terra urbana, à moradia, **ao saneamento ambiental**, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;” (BRASIL, 2001, grifo nosso).

Também o mesmo art. 2º do Estatuto da Cidade prevê o imperativo da regularização fundiária entre as diretrizes gerais da política urbana:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; (BRASIL, 2001).

Neste ponto, torna-se fundamental esclarecer em que consiste essa ideia de regularização fundiária que, afinal, como no caso concreto em exame, tem ganhado nuances de dificuldade, de entrave mesmo, à consecução de programas sociais voltados para o saneamento básico.

A despeito de dispor sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, afigura-se como uma verdadeira norma geral de regularização fundiária, ao estabelecer não somente novos instrumentos jurídicos para regularização fundiária, como também o que se entende por tal política, vale dizer, o seu conceito jurídico:

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. (BRASIL, 2009).

Portanto, a regularização jurídica não pode ser vista como impeditivo às intervenções sociais e urbanísticas nem tampouco se colocar como obstáculo à garantia do direito à moradia digna, que pressupõe o saneamento básico.

As políticas e os instrumentos de regularização fundiária nascem como um imperativo ético e jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana e devem compreender duas dimensões para que de fato a moradia seja digna:

a) a dimensão da urbanização efetiva, com melhoria das condições de vida da moradia, implantação ou expansão de infraestrutura sanitária, elétrica, hidráulica, pavimentação e alargamento de ruas, construções de áreas de lazer etc;

b) de outro, a dimensão da titulação jurídica dos lotes, visando a promover a segurança da posse dos moradores, de modo que possam usufruir plenamente os direitos de moradia sem o risco da remoção involuntária.

Essas duas dimensões devem andar juntas e não ser interpretadas equivocadamente de maneira a se tornarem excludentes. Nesse sentido, vale ainda destacar o que preceitua o parágrafo único do art. 55 da Lei n. 11.977/2009 (PMCMV), que vai bem ao encontro desse raciocínio quando faz descolar a dimensão da regularização estritamente jurídica da dimensão da regularização urbanística, ou seja, da implementação de medidas de melhoria das condições básicas de vida independentemente da regularidade jurídica das ocupações:

Art. 55. Na regularização fundiária de interesse social, caberá ao poder público, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos, a implantação do sistema viário e da infraestrutura básica, previstos no § 6º do art. 2º da Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979, ainda que promovida pelos legitimados previstos nos incisos I e II do art. 50.

Parágrafo único. A realização de obras de implantação de infraestrutura básica e de equipamentos comunitários pelo poder público, bem como sua manutenção, pode ser realizada mesmo antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis. (BRASIL, 2009).

2.2 Regularização fundiária abrange melhorias de infraestrutura básica e titulação jurídica

É importante esclarecer que os documentos que acompanharam a consulta do caso concreto indicavam que a irregularidade fundiária era mais regra que exceção nas ações e programas a serem desenvolvidos sob a tutela hierárquica da secretaria consulente.

Assim, exigir a conclusão dos sempre complexos, dispendiosos e morosos processos de regularização fundiária para, em sequência, fazer o aporte de recursos para melhoria das situações de habitabilidade e saúde nos terrenos é o mesmo que continuar condenando parcela significativa da população beneficiária à privação do direito fundamental à saúde, no mínimo, pois há uma relação direta entre o acesso ao saneamento básico e o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH – nas diversas regiões de Minas Gerais, com nítido decréscimo para as áreas do norte e nordeste, justamente aquelas que seriam atendidas pelos programas sociais em discussão. Além disso, os indicadores epidemiológicos oriundos da Secretaria de Estado de Saúde, que também embasavam a consulta, demonstravam a curva ascendente das taxas de mortalidade infantil nas áreas carentes de saneamento básico no Estado.

Sendo certo que o saneamento básico é uma das dimensões da regularização fundiária – repita-se, que não se cinge à regularização da *titulação jurídica* –, por justiça e equidade os módulos sanitários não poderiam deixar de ser fornecidos às famílias de baixa renda das regiões abrangidas pelos programas sociais pela única razão de não se enquadrarem no seletor contingente de moradias tituladas no país. Fere os princípios elementares da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade imaginar, num raciocínio absurdo, que uma pessoa humana necessite ostentar um título regular de propriedade para ter direito a condições mínimas de saúde e vida digna; um banheiro em casa, no caso.

Por outro, por se tratar de alocação de recursos públicos, há que se considerar razoável o entendimento de que, na ausência do título de propriedade, a posse deverá ser justa, mansa e pacífica, a teor do que dispõem os arts. 1.196 e seguintes do Código Civil, em consonância com o princípio da função social da posse, sem dúvida chave de acesso ao chamado mínimo existencial para a vida humana digna.

Vale registrar que a dúvida colocada na consulta em exame vem repercutindo também no plano federal, em situações semelhantes envolvendo a execução de programas sociais, com dispêndio de recursos públicos pela União, especial-

mente quando o beneficiário não detém título regular de ocupação fundiária.

Como exemplo, cite-se um litígio referente ao Programa Luz para Todos, do Governo Federal, em que o Ministério Público Federal tem defendido enfaticamente a tese de que a regularização fundiária de uma área não pode ser obstáculo à implementação de um direito fundamental, seja de moradia digna ou de saúde, por implicar em discriminação e afronta ao princípio da isonomia.

Em Ação Civil Pública proposta pela Procuradoria da República no Estado do Amazonas, distribuída por dependência ao Processo n. 12686-42.2012.4.01.3200, embora considerado o interesse das comunidades na regularização fundiária, asseverou-se que esta não poderia “ser imposta por meio do impedimento ao acesso a serviços públicos essenciais”. No caso em litígio, o Exército Brasileiro reivindicava a titularidade das terras ocupadas pelas famílias que seriam abrangidas pelo Programa Luz para Todos e condicionava a aquiescência à implantação do programa mediante a assinatura de um contrato de Concessão de Direito Real de Uso pelos ocupantes, visando, assim, à regularização jurídica da área.

Embora essa e outras ações semelhantes não tenham chegado a um termo final nos tribunais, certo é que todas vão ao encontro do entendimento manifestado aqui, qual seja, o de que o princípio da isonomia resta violado caso se imponha uma exigência a curto prazo inalcançável para os indivíduos fazerem jus aos benefícios de um programa social voltado ao saneamento básico, pelo que vale mencionar a conceituação de Celso Mello:

Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequilibrar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. (MELLO, 2008, p. 35).

Nesse sentido, e voltando-se à questão das exigências então previstas no art. 4º do Decreto n. 43.635/2003, impõe-se uma interpretação conforme a Constituição, com vistas à concretização dos direitos fundamentais sociais de saúde e moradia digna, mediante os programas sociais de saneamento básicos previstos pela consulente, com afastamento das regras que restrinjam a eficácia de tais direitos; por exemplo, a comprovação prévia da regularidade fundiária titulada.

Conforme interpretação da Constituição, mesmo nos casos em que os recursos envolvidos nos programas sociais em exame sejam aplicados na modalidade de execução direta, sem convênios de saída, ou seja, afastadas as exigências do art. 4º do Decreto Estadual n. 43.635/03, ainda assim há que se privilegiar a concretização dos direitos fundamentais de saúde e de moradia digna, com saneamento básico, em detrimento da prévia regularidade jurídica da área beneficiária, o que se dá pela aplicação direta do princípio da função social da propriedade.

2.3 Requisitos previstos na Lei das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico e os Programas Sociais do Estado de Minas Gerais na área

Importa destacar que não há previsão de qualquer requisito relacionado à regularidade jurídica da área beneficiária por programas de saneamento básico na Lei das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, Lei n. 11.445/2007. Do mesmo modo, também não encontramos nenhuma exigência semelhante nos programas sociais estaduais em questão, quais sejam, o Saneamento Básico Mais Saúde para Todos, regulamentado pelo Decreto n. 45.864, de 29 de dezembro de 2011, e o Vida no Vale. É interessante registrar também que o

escopo desses programas se encontra nitidamente alinhado com os princípios fundamentais previstos na Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico aqui examinados.⁵

Além disso, a justificativa dos Programas Sociais examinados, especialmente o Vida no Vale, é clara ao explicitar o deficit de acesso ao saneamento nas regiões do Jequitinhonha/Mucuri, do norte e do noroeste de Minas como bastante grande, sendo a situação do esgotamento sanitário ainda mais dramática porque, “além das desigualdades regionais, a grande maioria dos municípios do Estado possui taxas de atendimento inferiores a 60%” (MINAS GERAIS, 2013). Acresça-se a isso o fato de que a ausência de equipamentos sociais nas regiões mais pobres do Estado acentua o círculo vicioso de baixo desenvol-

vimento e condições de vida, tornando-se imprescindível avançar na universalização do saneamento básico no Estado, buscando reduzir as desigualdades e melhorar a saúde da população.

Exigir-se, previamente, regular comprovação fundiária de área sujeita a benefício advindo de programa social de saneamento básico é ir além do que o marco regulatório nacional que disciplina a matéria estabelece, pelo que vale lembrar a elementar regra de hermenêutica segundo a qual “onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo” (*Ubi Lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), ainda mais quando está em jogo a restrição da eficácia de direitos fundamentais. Nas palavras de Maximiliano:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras, cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. (MAXIMILIANO, 1951, p. 247).

⁵ “Definição de modelo institucional e dos mecanismos de gestão e financiamento do projeto Vida no Vale, alinhados ao marco regulatório da Lei Federal n. 11.445/07.

Implantação de novo modelo de prestação de serviço de saneamento que considere:

- A universalização plena dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 1.3 milhão de pessoas na região de piores indicadores sociais e de saúde;
- A responsabilidade do poder público em viabilizar recursos em regiões onde a receita tarifária não financia os custos de investimento;
- Estrutura tarifária flexível que garanta o direito a água, a cobertura dos custos operacionais e a capacidade de pagamento da população;
- A transparência e o controle social na implantação e gestão do modelo;
- A preservação do valor de mercado e dos recursos humanos da empresa estadual de saneamento;
- A eficiência organizacional e a inovação tecnológica;
- Complementariedades com ações de saúde preventiva, irrigação, resíduos sólidos, habitação e eficiência energética.”

Finalmente, seja considerando que o art. 4º do Decreto Estadual n. 43.635/2003 incide sobre ações previstas nos Programas Sociais; seja considerando seu afastamento em virtude de execução direta de recursos; ou, seja considerando que a Lei das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico não traz qualquer regra atinente à necessidade da prévia regularização fundiária para um terreno receber benefícios sociais, tudo nos leva a preconizar que deveria ser adotada uma interpretação conforme a Constituição. Binenbojm analisa a situação da seguinte forma:

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. [...]

A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios inter-

nos mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. Em tempos de *deslegalização* e proliferação de autoridades administrativas, sobreleva

a importância dos princípios e regras constitucionais na *densificação* do ambiente decisório do administrador e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática. (BINENBOJM, 2008, p. 15-16).

3. Conclusão

Nenhum doutrinador nem julgador minimamente preparado deveria se esquecer de que o saneamento básico é um direito fundamental correlato ao direito à saúde e, como tal, deve ser concretizado sem discriminação de qualquer espécie, em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Até aqui, parece quase simples o raciocínio jurídico formatado. No entanto, quando a discussão avança para o “obscuro objeto do desejo”⁶, secularmente simbolizado pelo direito de propriedade, o raciocínio jurídico caminha de forma menos direta e não parece tão óbvio que a regularização fundiária não se restringe à regularidade dominial, mas, ao contrário, compreende também a dimensão da regularidade urbanística, na qual se inclui qualquer melhoria

⁶ Ou “obscuro objeto do direito”, na instigante paródia sobre o filme de Luís Buñuel formulada pelo Prof. José Rubens Costa no título da tese de seu doutoramento junto à UFMG.

essencial para a vida em condições dignas de habitabilidade, por exemplo, a construção de módulos sanitários e outras ações de saneamento básico.

A regularização fundiária, no sentido dominial, de área beneficiária de programa social não pode ser exigida como condição prévia, de comprovação da titularidade fundiária, para o acesso a serviços públicos essenciais para famílias de baixa renda, por exorbita as próprias diretrizes nacionais do saneamento básico previstas na Lei n. 11.445/2007. Entender diferentemente disso, com a vênia sempre devida às opiniões contrárias, é quase o mesmo que se exigir o ovo antes de criada a galinha, o eterno retorno do paradoxo do óbvio. E, no entanto, ainda há entendimentos nessa linha. Parece que também no Direito – e já que o assunto é saneamento – urge surgirem exposições ou rupturas paradigmáticas, como aquela com que Marcel Duchamp chocou o mundo ao expor o seu célebre vaso sanitário no meio do salão. Nessas plagas, talvez impediriam Duchamp, não tanto pela natureza do objeto exposto, mas mais pela provável dificuldade que teria em comprovar a posse ou a propriedade do meio metro quadrado a servir de base para sua exposição.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/denylcorrea/material-01-gustavo-binenbojm>>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734.487-AgR, Segunda Turma, Rel.: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 3 de agosto de 2010. **DJe**, 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 out. 2015.

COPASA. Agência Virtual. **A Copanor**. Disponível em: <[http://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/imprensa/noticias/releases/2010/abril/copanor_materias20100120ie1728/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjDLwdPby9Dbz8_gzzd-DBY9g_zd_T2dgvx8zfULsh0VAfwq3lw!/>. Acesso em: 9 out. 2015.](http://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/imprensa/noticias/releases/2010/abril/copanor_materias20100120ie1728/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjDLwdPby9Dbz8_gzzd-DBY9g_zd_T2dgvx8zfULsh0VAfwq3lw!/)

PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAS GERAIS. Advocacia Geral do Estado. Parecer n. 15.246. Relator: Procuradora de Estado Liana Portilho Mattos, Belo Horizonte, 2 maio 2013. Disponível em: <<http://www.advocaciageral.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2013/parecer-15.246.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2015.

MINAS GERAIS. Decreto n. 43.635, de 20 de outubro de 2003. Dispõe sobre a celebração e prestação de contas de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos. **Minas Gerais Diário do Executivo**, 21 out. 2003. Disponível em: <http://www.setop.mg.gov.br/images/documentos/Decreto_43635_2003.pdf>. Acesso em: 9 out. 2015.