



Procedência: Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU

Interessados: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU; Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais S/A – COPANOR; Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG.

Parecer n.: 15.246

Data: 2 de maio de 2013

Ementa:

APLICAÇÃO DE RECURSOS EM PROGRAMAS SOCIAIS – SANEAMENTO BÁSICO – CONSTRUÇÃO DE MÓDULOS SANITÁRIOS PARA FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA – EXIGÊNCIAS DO DECRETO ESTADUAL N. 43.635/2003 REFERENTES À PRÉVIA REGULARIÇÃO JURÍDICA DAS ÁREAS BENEFICIÁRIAS – LEI FEDERAL N. 11.445/2007, QUE ESTABELECE DIRETRIZES NACIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO – NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA (URBANÍSTICA E JURÍDICA) E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À SAÚDE, MORADIA DIGNA E ISONOMIA.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana encaminha ao Advogado-Geral do Estado o OF.GAB.SEC.Nº 0349/13, de 2 de abril de 2013 (Expediente n. 683586), no qual formula questionamentos acerca dos documentos hábeis a

Rua Espírito Santo, 495, Centro, Belo Horizonte, MG.

llll
Liana Portilho Mattos
PROCURADORA DO ESTADO
Masp. 665.718-3 - OAB/MG 73.135.



comprovar a segurança da alocação de recursos públicos no âmbito de contratos de financiamentos firmados pelo Estado de Minas Gerais com o Banco de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e com o Banco do Brasil S/A.

Ao primeiro Ofício foi posteriormente acostado o OF.GAB.Nº 0374/2013, de 4 de abril de 2013, que acresce outras questões à consulta veiculada no Expediente, bem como mais documentos.

Explica o ilustre Secretário que os recursos contraídos pelo Estado de Minas Gerais junto ao BNDES são da ordem de R\$1.326.389.531,69 (um bilhão, trezentos e vinte e seis milhões, trezentos e oitenta e nove mil, quinhentos e trinta e um reais e sessenta e nove centavos), recursos esses que fazem parte do Programa de Apoio ao Investimento dos Estados e Distrito Federal – PROINVESTE. Além disso, também foi firmado contrato de financiamento com o Banco do Brasil S/A no valor de R\$3.653.733.000,00 (três bilhões, seiscentos e cinquenta e três milhões, setecentos e trinta e três mil reais), sendo que ambos os recursos, pelo que se depreende da consulta em exame, *“serão utilizados para as principais ações do Estado (programas estruturadores) durante os anos de 2013 e 2014”*, entre as quais se incluem os seguintes projetos e processos na área de saneamento básico, a cargo da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana:

- Projeto Estratégico 'Saneamento de Minas' – SEDRU: R\$80 milhões (recursos provenientes do BNDES);
- Projeto Estratégico 'Vida no Vale' – COPANOR: R\$ 150 milhões (recursos provenientes do BNDES);
- Processo Estratégico 'Saneamento Básico – COPASA' – COPASA: R\$ 3,9 milhões (recursos provenientes do Banco do Brasil)."

Os órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução dos recursos contraídos pelo Estado de Minas Gerais para a área do **saneamento básico** são a COPASA, a COPANOR e a própria SEDRU, ante a qual as duas primeiras encontram-se vinculadas, sendo de se destacar que a COPANOR – empresa subsidiária da COPASA, criada pela Lei nº 16.698/2007 – tem por finalidade precípua

“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”.

Em consonância com essa finalidade, resta informado na consulta que o **escopo** dos investimentos a serem executados pelos órgãos e entidades estaduais são ações de saneamento básico que visam a melhorar a qualidade de vida da população, com destaque para a *“construção de módulos sanitários – banheiros – nas casas das famílias de baixa renda”*; isto porque:

“Essa ação contribui 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.”

Relata-se, ainda, que todos os investimentos e ações serão executados

“após a realização de regular processo licitatório, nos termos da Lei n. 8.666/93, com a construção de módulos sanitários em residências carentes, previamente selecionadas, com a colaboração do Poder Público Municipal, em locais onde a ocupação é regular, seguidó de curso de capacitação.”

Por exigência constante do “Manual de Operações de Crédito” e dos próprios órgãos financeiros repassadores dos recursos envolvidos nas ações, o consulente traz a esta Advocacia-Geral do Estado dúvidas acerca da modalidade e da forma de apresentação de *“documento de propriedade/posse do terreno (autenticado)”*, para exame e manifestação.

É que segundo informado na consulta, em muitos domicílios a serem abrangidos pelo Programa, *“não é possível, a curto prazo, a obtenção da documentação junto aos beneficiários”*, muito embora (segundo informações dos municípios envolvidos) sejam *“possuidores de boa-fé, apesar de ainda não possuírem a documentação regular (Título de Domínio do Imóvel)”* pois, como se esclarece, é de praxe em propriedades de baixa renda no Estado a ocupação do terreno de forma irregular, com a construção de várias moradias numa 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."

Assim, cientes da dificuldade em relação à apresentação dos documentos, tanto os órgãos financiadores dos Programas em questão quanto o consulente pretendem seja dado parecer por esta Advocacia-Geral do Estado acerca da *"legalidade da apresentação de outros documentos aptos a resguardar a aplicação dos recursos com segurança jurídica"*, pelo que a consulta consiste objetivamente, a final, nas seguintes indagações:

"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?"

Finalmente, esclareça-se que a dúvida constante da alínea "c" da consulta em exame (obras em faixas de servidão) foi posteriormente afastada desta manifestação, por força de esclarecimentos verbais havidos com a Assessoria Jurídica da Secretaria consulente, ficando para exame específico desta Advocacia-Geral após estudos e entendimentos que serão feitos juntamente com a Procuradoria Jurídica do Instituto Estadual de Florestas – IEF/MG.



Feito este relatório, passo a opinar sobre o caso.

PARECER

Ambas as questões trazidas pelo consulente cingem-se, na verdade, a uma só dúvida: a comprovação da regularização fundiária das áreas que serão objeto de investimentos na área do saneamento básico, para famílias de baixa renda, é uma exigência *sine qua non* à execução das ações propostas nos Programas Sociais do Estado de Minas Gerais, a cargo da SEDRU?

Delimitado, assim, o problema, passo a enfrentá-lo.

O assunto em exame não é propriamente novo nesta Advocacia-Geral do Estado, que por reiteradas vezes tem-se encontrado não somente às voltas com a questão da aplicação concreta do art. 4º do Decreto n. 43.635/2003, mas, ainda além, com a questão mais complexa e abrangente que envolve a aplicação de recursos pelo Estado de Minas Gerais nos casos de situações de irregularidade fundiária.

Conforme mencionado no Ofício do i. consulente, tive a oportunidade de me manifestar num outro expediente semelhante oriundo da mesma SEDRU, por meio do Parecer AGE n. 15.081/2011, no qual sugeri o aperfeiçoamento do Decreto n. 43.635/2003 de modo que ele passasse a contemplar os novos instrumentos jurídicos de regularização fundiária previstos no ordenamento jurídico brasileiro, e, sobretudo, que se considerasse, nos casos de interesse social e de relevantes questões de saúde (sanitárias), o eixo interpretativo norteador dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais à saúde e à moradia dignas. Afirmei, ainda, no mencionado Parecer, que o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 merecia ser atualizado não somente 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 ao seu advento, em 2003.

É que 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.

No entanto, o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 poucos ajustes sofreu no tocante à questão em tela, muito embora haja notícia de que estão em curso estudos de um Grupo de Trabalho junto à Secretaria de Estado de Casa Civil e Relações Institucionais – SECCRI – visando a apontar sugestões normativas para o aperfeiçoamento do referido texto. 2
5000V

Somente à guisa de exemplo, verificam-se que as regras contidas no art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 denotam, 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



haja sido emitidos, 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 irrevogável 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 irrevogável 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 quilombós, 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.

*(artigo 4º com redação dada pelos Decretos nº 44.339, de 29 de março de 2010 e 45.390, de 8 de junho de 2010.)



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

“§3 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.”

Portanto, resta claro que o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 dispõe de maneira confusa e retalhada acerca das possibilidades previstas no ordenamento jurídico nacional de se comprovar a regularidade jurídica das situações fundiárias, que tanto pode se dar pela via proprietária (certidão de registro do imóvel) quanto pela via possessória (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).

Lembrando o ensinamento de **José de Oliveira Ascensão** (A tipicidade dos direitos reais, Lisboa, Petrony, 1968, p. 13), o jurista **Francisco Eduardo Loureiro** cita que se considera que o direito das coisas esteja em crise, em razão do declínio de um sistema de normas que se assentava na preponderância da propriedade imóvel e conclui o seguinte:

“O Código Civil de 2002, na seara do direito das coisas, tem a difícil tarefa de fazer valer normas operativas, que dêem 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.” (In: “Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência”, coord. Ministro Cezar Peluso, 3ª ed., Barueri, SP: Manole, 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 ao 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, senão vejamos.

**D) EVOLUÇÃO NORMATIVA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988:
O ESTATUTO DA CIDADE, A LEI DE DIRETRIZES NACIONAIS DO
SANEAMENTO BÁSICO, A LEI DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA
VIDA**

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 que 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”.

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), aliás, 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.”

(AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.) 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.

No âmbito da competência comum dos entes federados, o artigo 23, em seu inciso II, prevê 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:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

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 (em negrito):



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; [grifei]

(...)."

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 de "relevante interesse social voltada para a 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, a Lei n. 10.257/2001 – o Estatuto da Cidade – também tratou da regularização fundiária de uma 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 são 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 infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (grifei)

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;”

Neste ponto, torna-se fundamental esclarecer em que consiste essa ideia de **regularização fundiária** que, afinal, no caso concreto em exame, tem



ganhado nuances de dificuldade, de entrave mesmo à plena 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 legal, que extrapola a noção de simples “regularidade jurídica da área”, como se vê:

“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.” [grifei]

Resta claro, portanto, que a regularização jurídica não pode ser vista como impeditivo às intervenções sociais e urbanísticas, nem tampouco pode colocar-se 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, com implantação ou expansão de infraestrutura sanitária, elétrica, hidráulica, pavimentação e alargamento de ruas, construções de áreas de lazer etc.;

b) 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 ao descolar a dimensão da regularização estritamente jurídica da dimensão da regularização urbanística, ou seja das 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.”

II) REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL A MELHORIAS EM INFRAESTRUTURA BÁSICA E TITULAÇÃO JURÍDICA

Pelo que resta informado do Expediente em exame, nas ações e programas a serem desenvolvidos sob a tutela hierárquica da Secretaria consulente, a irregularidade fundiária é mais regra que exceção.

No mesmo passo, exigir-se a conclusão – dos sempre complexos, dispendiosos e morosos – dos respectivos processos de regularização fundiária para, em sequência, fazer-se 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.

É que de acordo com a Comunicação Externa nº 138/2012 – PRE (anexa ao Expediente) dirigida pelo Presidente da COPANOR à Dra. Adrienne Lage de Resende, Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, Meio Ambiente e Apoio ao Interior desta AGE, há uma relação direta entre o acesso ao saneamento básico e o Índice de Desenvolvimento



Humano – IDH, nas diversas regiões do Estado de Minas Gerais, com nítido decréscimo para as áreas do norte e nordeste, justamente as atendidas pela COPANOR.

Além disso, os indicadores epidemiológicos oriundos da Secretaria de Estado de Saúde (também trazidos pela referida Comunicação Externa da COPANOR) demonstram a curva ascendente das taxas de mortalidade infantil nas áreas carentes de saneamento básico no Estado, notadamente àquelas sob a atuação da COPANOR (municípios, distritos, comunidades e povoados com população entre 200 e 5.000 habitantes), que justamente por essas razões, tem entre seus principais objetivos:

- Eliminação das doenças provocadas pela falta de saneamento como diarreia e infecções parasitárias que prejudicam a aprendizagem das crianças;
- Aumento superior a 2% na produtividade conforme já verificado em países em desenvolvimento;
- Redução da pobreza e da subnutrição;
- Redução dos gastos com saúde pelo poder público – para cada R\$1,00 aplicado em saneamento economiza-se, no mínimo, R\$4,00 em gastos com saúde.”

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 podem deixar de ser fornecidos às famílias de baixa renda mencionadas somente por não se enquadrarem no seletivo 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).

Lado outro, por se tratar de alocação de recursos públicos, há que se considerar como 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, especialmente quando o beneficiário de tais programas não detém título regular de ocupação fundiária.

Como exemplo, cite-se uma discussão recente envolvendo o 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 elas vão ao encontro do entendimento manifestado neste Parecer, 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 para o saneamento básico, pelo que vale relembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.” (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª ed., 16ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 35).



Nesse sentido, e voltando-se à questão das exigências 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 – *ex vi*, a comprovação prévia da regularidade jurídica da área.

De acordo com essa interpretação conforme a 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 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.

III) REQUISITOS PREVISTOS NA LEI DAS DIRETRIZES NACIONAIS DO SANEAMENTO BÁSICO E OS PROGRAMAS SOCIAIS DO ESTADO CORRELATOS

Em primeiro lugar, registra-se não haver qualquer previsão de requisito relacionado à regularidade jurídica da área beneficiária por programas de saneamento básico na Lei das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, a Lei n. 11.445/2007. Do mesmo modo, também não encontramos nenhuma exigência semelhante nos Programas Sociais Estaduais correlatos, 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”.


A propósito, vale notar que o escopo desses programas encontra-se nitidamente alinhado com os princípios fundamentais previstos na Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, já examinados aqui, como se vê:

“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

Rua Espírito Santo, 495, Centro, Belo Horizonte, MG.


Liana Portilho Mattos
PROCURADORA DO ESTADO
MCM - 302.712-8 - CAB/MG 73.125



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 efficientização energética.”

Além disso, a justificativa dos Programas Sociais em exame, especialmente o “**Vida no Vale**” é clara em explicitar que o déficit de acesso ao saneamento nas regiões do Jequitinhonha/Mucuri, do Norte e do Noroeste de Minas é 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%*”, pelo que

“A ausência de equipamentos sociais nas regiões mais pobres do Estado acentua o círculo vicioso de baixo desenvolvimento e condições de vida. Portanto,



torna-se imprescindível avançar na universalização do saneamento básico no Estado, buscando reduzir as desigualdades e melhorar a saúde da população".

Assim, exigir-se regular comprovação fundiária de área sujeita ao 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 relembrar a tradicional 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 em jogo a restrição da eficácia dos direitos fundamentais.

Na lição de **Carlos Maximiliano**, em sua clássica obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito", que calha ao caso em exame,

"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" (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 5ª ed, 1951).

Finalmente, seja considerando-se que o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 incide sobre algumas das ações previstas nos Programas Sociais a cargo da SEDRU, seja considerando-se o seu afastamento (em virtude de execução direta de recursos), seja considerando-se, ainda, que a Lei das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico não traz qualquer regra atinente à necessidade da prévia regularização jurídica para que uma área receba benefícios de programas sociais de saneamento, fato é que deve se adotar, no caso, uma interpretação conforme a Constituição, o que impõe, no dizer de **Gustavo Binenbojm**,

"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. (...)."



E é o mesmo autor, em sua já paradigmática obra “Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”, que complementa, encerrando outras dúvidas:

“Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo A ideia 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 internos, 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.” (Op. cit., 2a ed. Renovar, 2008, pp. 36-38 – grifei).



CONCLUSÃO

Pelas razões expostas até aqui, concluo que:

- 1) 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 dignidade da pessoa humana, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade;
- 2) a regularização fundiária não se restringe à “regularidade dominial” ou regularidade jurídica; ao contrário, compreende também a dimensão da “regularidade urbanística”, onde se inclui qualquer melhoria essencial para a vida em condições dignas de habitabilidade, *ex vi* da construção de módulos sanitários e outras ações de saneamento básico;
- 3) a regularização jurídica 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, posto que exorbita as próprias diretrizes nacionais do saneamento básico previstas na Lei n. 11.445/2007;
- 4) o Decreto Estadual n. 43.635/2003 precisa ser revisado em seu art. 4º, de modo que passa a ter normativa consoante à orientação legislativa, doutrinária e jurisprudencial contemporâneas;
- 5) ainda no caso de incidência do Decreto Estadual n. 43.635/2003, seja o cronograma de execução do convênio compatível com o prazo real necessário para a conclusão de processos de regularização por parte do conveniente, levando-se em conta a sua complexidade;
- 6) até que seja revisto o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003, e em se tratando de casos de implantação de Programas Sociais no âmbito estadual, de nítido **interesse social**, sejam os seus dispositivos interpretados de acordo com a fundamentação posta no corpo deste Parecer.



Finalmente, opino no sentido de que as duas questões trazidas pelo i. consulente devem ser respondidas de modo afirmativo, ou seja, entendendo-se consoante à juridicidade as possibilidades de apresentação de documentos alternativos aos de titularidade fundiária regular, por parte dos beneficiários dos Programas Sociais aqui examinados, seja por via do documento ali cogitado emitido pela Administração Municipal (Declaração Pública de Posse justa, mansa e pacífica), seja mediante documento que comprove que está em curso processo de regularização jurídica das áreas beneficiárias (forte no art. 55 da Lei n. 11.977/2009, afora a incidência direta dos direitos sociais fundamentais, no caso).

É como penso.

Sub censura.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2013.

LIANA PORTILHO MATTOS
Procuradora do Estado
OAB/MG 73.135 – Masp 665.718-3

"APROVADO EM 21/05/13"

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597

APROV. EM 02/05/2013

Marco Antônio Rebelo Romanel
Advogado-Geral do Estado
OAB/MG 32.060 - Masp.: 278.488