

PROCESSO N° 02.264574.00.2

PARECER N° 1008/99

INTERESSADO: Secretaria do Planejamento Municipal.

ASSUNTO: Registro de áreas públicas em desmembramento. Desvio de Finalidade.

EMENTA: Competência constitucional do Município para dispor sobre parcelamento do solo. Exigência de área pública em desmembramento. Possibilidade. Registrabilidade do projeto aprovado, possibilitando a dominialidade pelo Município das áreas com destinação pública. Inocorrência de desvio de finalidade quando imóvel empregado em atividade de interesse público.

O presente processo administrativo trata de pedido de parcelamento do solo pelo DEMHAB em área gravada como escola em virtude de desmembramento, conforme art. 188 da LC 43/79. Na matrícula original do terreno desmembrado ainda permanece em nome do original proprietário, apenas destacada a finalidade para escola. A SPM exige matrícula em nome do Município, mas, por outro lado, ressalta na DM que tal lote tem a destinação para venda ou permuta com fim de adquirir-se equipamento comunitário, escola, na UTP. Ou seja, a DM foi expedida com a observação do art. 188, que não há possibilidade de parcelamento face à finalidade expressa no dispositivo referido.

Instaurado tal impasse, a SPM remeteu o presente processo para esta PGM, onde questiona basicamente o seguinte: a) Há como os cartórios de registro de imóveis reconhecerem a doação de área pública para equipamento comunitário em desmembramento, registrando diretamente em nome do Município?; b) é possível desviar a finalidade do lote doado a princípio à escola para assentamento habitacional de baixa renda?

Acompanha o presente processo o de n° 04.001369.98.9, bem como foi anexado pela SPM cópia do processo administrativo n° 02.207414.00.1, no qual o Município pleiteou judicialmente o registro de área destinada à escola. A sentença de procedência foi reformada em 2° grau, consoante os seguintes fundamentos: a) O desmembramento não era registrado; b) não aplicação do art. 22 da Lei 6766/79 ao desmembramento; e c) interpretação do art. 11 não alcança os equipamentos comunitários.

É o relatório.

A matéria trazida à análise, com efeito, é tormentosa, pois, inegável que nossa LC 43/79 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano) estendeu aos desmembramentos condicionantes urbanísticos, além daqueles dos arts. 4º, II e 5º da Lei federal 6766/79. Dessa forma, fundamental em primeiro lugar, enfrentar o fundamento legal e/ou jurídico para tanto, ou melhor, a competência municipal para dispor sobre a exigência de área pública em desmembramento, legislando, nessa hipótese, além das disposições da lei federal. Somente após tal enfrentamento, poderemos responder eficazmente quanto à aceitação pelos registros de imóveis da nossa lei municipal(PDDU). Cumpre ainda referir que, os técnicos da SPM ao relatam que se vêem "obrigados" a obterem a doação da área pública, por vias transversas, já que, na maioria dos casos, "convencem" os proprietários a "doar" a área com destinação pública, quando tal transferência deveria decorrer do registro do projeto de desmembramento aprovado pelo Município.

Por isso que, antes de adentrarmos na interpretação dos dispositivos da lei federal e da LC 43/79, faz-se necessário analisar a competência do município na matéria de parcelamento do solo ou direito urbanístico.

Com efeito, com a Constituição Federal de 1988, restou consagrada e robustecida a autonomia dos municípios nos textos dos artigos 18, 29 e 30, porquanto assegurados a tais entes, segundo ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, quatro capacidades próprias: a) auto-organização, através da Lei Orgânica; b) auto-governo: que se exprime na eletividade de prefeitos e dos vereadores; c) faculdade normativa: que se traduz na competência para editar leis próprias sobre matérias que lhe cabem ou por intermédio da legislação suplementar - leis estaduais e federais; d) auto-determinação: administração própria no que diz com a prestação de serviços de interesse local (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, pg. 54 a 76).

Dentre os traços representativos da autonomia municipal nos diz respeito no momento, a atribuição de competências entre os entes federados, e dentre estas a legislativa, cuja classificação e repartição, já uniforme na doutrina, vem expressa por José Afonso da Silva, como privativas da União (art.22), concorrentes da União e Estado (art.24), bem como do Município pela extensão do art.30, II, sendo que, a este ente, cabem ainda as competências privativas (ou exclusivas) expressas do art.30, todos da CF/88 (Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 1990, 6ª. ed., p. 143).

Como visto, a distribuição de competências entre os entes federados, segundo a doutrina se configura ora de forma privativa, ora concorrente e/ou suplementar. O art. 24, I da CF/88 atribui à União, aos Estados e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, deferindo-se também essa competência aos Municípios por força do inciso II do art.30. Contudo, aos Municípios foi mantida a cláusula geral de competência que é o interesse local. Em parecer publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Município, v.5, n.6, 1992, p.44, Maria Helena de Souza Fischer assevera que tal expressão "substituiu o peculiar interesse local, sob o pálio da qual, na égide da Constituição revogada, estava demarcada a esfera das atribuições próprias e

típicas dos Municípios, que lhes assegurava a proclamada autonomia (art. 15, II, da E.C. 1/69)".

O critério definidor, portanto da competência municipal será, antes de mais nada, o interesse local, o qual, foi delimitado, de forma aceita unanimemente pela doutrina, por Hely Lopes Meirelles, como aquele que *"não é exclusivo do Município; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzida ficaria o âmbito da administração local, aniquilando a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o peculiar interesse, inserido como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município, sobre o Estado ou a União"* (Direito Municipal Brasileiro, SP, RT, 1993).

Também José Afonso da Silva acolhe a tese acima exposta quando diz que *"O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância de interesses, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado velho conceito de peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória num século de vigência"* (Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 9ª. ed., 1993).

Outra conclusão não se retira da doutrina em referência senão que: *"Não se reconhece ao Município esfera de atuação válida que não seja desenhada em torno da promoção do interesse local. Irrelevante, neste ponto, tratar-se de competência privativa ou de competência concorrente. O município somente legislará à vista da existência de interesse local a ser protegido"*, conforme Maria Helena de S. Fischer, parecer já referido, p.47.

Partindo-se desse contexto, temos como indiscutível que as competências expressas do art.30 devem ser interpretadas conjugando-se, sempre, com o inciso I. Dessa forma é que o inciso VIII confere ao Município competência para, em atenção ao interesse local, promover, no que couber (interesse local), promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo urbano.

Jair Eduardo Santana, em sua monografia *Competências Legislativas Municipais*, acrescenta ainda, como condicionante do exercício das competências legislativas municipais, o alcance da expressão **"no que couber"**, presente tanto no art. 30, II quanto no inciso VIII. Este autor não se satisfaz com a noção dada pela maioria da doutrina, a qual autoriza a suplementação nos casos de *"espaço normativo não preenchido"*, ou seja, em não havendo lei ou vazio normativo. Para ele, tal expressão possui um sentido de *"pertinência, cabimento, algo justificável ante a realidade do Município. Quer-se com isso valorizar e colocar numa dimensão mais prestante a particularidade de um dado Município"*.

"De modo que, a nosso ver, não propriamente nos casos de vazios normativos, mas principalmente nas hipóteses onde a normatividade existente não se mostre hábil à concreção dos anseios que se encontram consubstanciados nas particularidades locais, pensamos que possa se dar a suplementação legislativa pelos Municípios" (obra cit. P.113).

Assim, ainda que tal matéria, como instituto jurídico enquadre-se no direito urbanístico e este, se coloque na competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, a qual também se estende aos Municípios, por força do inciso II do art.30 que, autoriza a suplementação da legislação federal e estadual, tal há de ser conjugada com o interesse local, na conceituação de Jair Eduardo Santana.

José Rubens Costa em artigo publicado no Boletim de Direito Municipal, Agosto/96, pgs.433/435 leciona que: "A competência concorrente do Município (art.30, II), se não significa superioridade diante da regra maior de competência concorrente (art.24), nem por isso deixa de exigir a competência municipal para as peculiaridades locais... A competência supletiva deve ligar-se ao interesse local (justificado), podendo exemplificar-se com a prevalência das normas locais de dimensionamento das áreas edificáveis (lotes) sobre a norma geral federal ou estadual".

"Em terreno urbanístico, predomina a competência municipal, conforme, v.g. ensinamento de Sérgio A Frazão do Couto (Manual Teórico e Prático do Parcelamento Urbano, Forense, 1981, p.147 e ss.), que enumera com a hipótese de diminuição de áreas mínimas dos lotes. (...) a) quando assim o determinar a Legislação Municipal" (p.81).

As teses aqui colocadas encontram respaldo na jurisprudência como se verifica no julgamento da ADIN 478/SP, julgada em 09/12/96, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: "Também a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do **solo urbano** - C.F., art.30, VIII - por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (C.F., art. 24, I). As normas das entidades políticas diversas - União e Estado-membro - deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional" (grifo do original).

Os excertos doutrinários referidos mostram-se uniformes em reconhecer a competência dos Municípios, como afirmação de sua autonomia, na matéria de planejamento urbano (art.30, VIII), e, por conseqüência, em direito urbanístico, já que, aquinhado na Carta Constitucional, art.182, *caput* e § 1º, com competência exclusiva na elaboração do Plano Diretor, cuja função não é outra, senão ordenar as cidades e suas funções básicas, quais sejam: habitar, trabalhar, recrear, circular e preservar o meio ambiente. A Constituição fala em função social da cidade, a qual será a indicada no plano diretor.

O desenvolvimento das cidades, em seus diversos aspectos, as delimitações de suas áreas urbanas, padrões para parcelamento do solo, na forma de loteamento ou desmembramento, bem como os condicionamentos urbanísticos que haverão de incidir diretamente na cidade, diz

diretamente, primeiramente, com o interesse local. Isso porque as necessidades de cada cidade deve atender às suas peculiaridades, ou vice-versa. Por tal motivo, não poderão ser uniformes e impostas por lei federal ou estadual.

O plano diretor, portanto, apresenta-se como uma das leis fundamentais para os Municípios, pois trata daquilo que lhe é mais peculiar que é o planejamento urbano e suas implicações. Nesse sentido leciona José Afonso da Silva: *"As normas urbanísticas municipais são as mais características, porque, no sistema brasileiro é nos Municípios que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica"* (obra cit. pg. 77). Nessa linha, a previsão de área pública em desmembramento visa atender às necessidades da cidade quanto aos equipamentos públicos e comunitários, no caso, escola.

Essa exigência da lei local não desborda da competência do Município como fartamente demonstrado, já que visa o ordenamento da cidade, eminente interesse local. Tampouco afronta a Lei federal 6766/79 quando esta dispõe, em seu art.11: *"Aplicam-se ao desmembramento, no que couber, as disposições urbanísticas exigidas para o loteamento, em especial, os incisos II do art. 4º e o art. 5º desta lei"*. Tais artigos tratam, respectivamente, de tamanho mínimo de lotes e reserva de faixa *non aedificandi* para equipamentos urbanos (abastecimento água, serviço de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado).

O artigo em tela merece interpretação elástica, como norma de extensão. E a interpretação extensiva, segundo lição de Carlos Maximiliano, em seu clássico de hermenêutica, visa completar a norma existente; pressupõe a existência de dispositivo expresso, (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pg. 214).

Conforme Espínola citado por Alípio Silveira, a interpretação extensiva *"... produz efeito extensivo, quando leva à aplicação da lei a casos não expressamente incluídos na sua fórmula, mas virtualmente compreendidos no seu espírito"* (Hermenêutica no Direito Brasileiro, 1º volume, RT, SP, 1968, pg.224).

Os artigos da Lei 6766/79 que tratam de disposições urbanísticas se aplicam, no que couber (consoante interpretação de Jair Eduardo Santana referida), ao desmembramento.

Essa interpretação, aliás, encontra-se amparada na doutrina de Toshio Mukai: *"Embora, à primeira vista, o dispositivo não pareça aplicável aos desmembramentos, a interpretação sistemática da lei revela a viabilidade de sua incidência quanto a estes. Como demonstramos anteriormente no item 43, a nova Lei aplica-se, na generalidade dos casos, tanto aos loteamentos como aos desmembramentos, mesmo que se refira, em alguns dispositivos, unicamente aos loteamentos, salvo se demonstrada a impossibilidade fática e jurídica desta incidência"* (Loteamentos e Desmembramentos Urbanos, Sugestões Literárias, 2ª. ed., 1980, p.119).

Dessa forma, o dispositivo em comento, autoriza aplicar aos desmembramentos, disposições urbanísticas exigíveis para

loteamentos, no que couber, não se limitando àqueles previstos no art.4º, II e art.5º da lei referida. A aplicação do arts. 4º, II e 5º está expressa, contudo, não de forma restritiva a afastar a adoção de outras disposições urbanísticas quando cabíveis, pois ainda que nos desmembramentos, por definição legal, não haja abertura de vias públicas, é certo que se trata de instituto que se destina precípuamente à edificação, logo, integra o processo de urbanização, o que contribui para o adensamento populacional, tanto quanto o loteamento que *"é um fato social, a par de ser operação de caráter econômico sobre o qual incidem interesses públicos e particulares, que devem ser encarados com o máximo de cautela e respeito"* (Toshio Mukai, obra citada).

Por tudo que foi até o momento expendido, a exigência de área pública em desmembramento decorre não só de interpretação extensiva, mas teleológica, na medida que, o fim precípuo do plano diretor, tal como delineado na Carta Constitucional é garantir a função social e qualidade de vida das cidades.

Da leitura do nosso Plano Diretor, nos capítulos que disciplina o parcelamento do solo, verificamos a extensão de várias disposições dos loteamentos aos desmembramentos.

A exigência de área pública para a implantação de equipamentos urbanos e comunitários em loteamentos está prevista no art. 185, o qual traz imbutida certa flexibilidade no próprio *caput*, quando refere que tais equipamentos serão proporcionais à densidade de ocupação prevista para o imóvel objeto do loteamento. Outrossim, nos §§ 5º e 6º, novamente verificamos a preocupação do legislador em inserir normas flexíveis que o planejamento urbano de uma cidade exige, quando permite que, a critério do Sistema Municipal de Planejamento e Coordenação Urbana, outros equipamentos comunitários possam ser previstos em razão de carências constatadas decorrentes da densificação populacional. A extensão dessa norma aos desmembramentos dá-se por força do art.200.

O art. 188 dispõe: *"As áreas destinadas a equipamentos públicos comunitários na forma prevista no art.185, sempre que forem insuficientes ou inadequadas às finalidades públicas previstas, sendo convenientes a sua realocação, serão descritas e caracterizadas no projeto e memorial descritivo do loteamento, como lotes de terreno e por proposta do Sistema Municipal de Planejamento e Coordenação de Desenvolvimento Urbano, após desafetação, serem objeto: I - permuta por outro imóvel situado na mesma Unidade Territorial de Planejamento no caso de praças e escolas e na Unidade Territorial Seccional, abrangida por seu raio de influência no caso de parques, cuja área seja considerada suficiente ou adequada às finalidades públicas previstas.a alienação com fins de reaquisição de outra área, ou mesmo permuta, na mesma Unidade Territorial de Planejamento"*.

A finalidade de tal dispositivo é sem dúvida prover as unidades territoriais dos equipamentos comunitários na medida que o seu desenvolvimento exigir. Com esse sentido o órgão encarregado do planejamento urbano municipal, melhor e eficientemente cumprirá sua função de planejar e ordenar os espaços urbanos, tendo em vista a dinâmica das cidades.

A obrigatoriedade da atribuição de área pública decorre da lei municipal de legalidade e constitucionalidade inquestionável conforme fartamente demonstrado. Disso decorre que, não se apresenta justificável a não aceitação pelos registradores, do projeto de desmembramento tal como aprovado pela secretaria municipal competente. Porém, fato é que, não a aceitam. A solução encaminha-se, quiçá, para futuras e emergenciais reuniões com a Corregedoria-Geral de Justiça para que interfira através de ato próprio e competente para tanto, e, diga-se, não seria a primeira vez que se buscaria este órgão para resolver dificuldades entre os registros de imóveis e o Município, no que se refere à aceitação dos atos administrativos com fulcro na legislação local. A expressa menção às AEIS-Áreas Especiais de Interesse Social no Provimento 39/95/CGJ foi resultado de muitas reuniões empreendidas pela PGM com a Corregedoria-Geral de Justiça.

Ou ainda, o caminho seria adotar-se solução administrativa diversificada. Com efeito, o ideal seria o devido acatamento da legislação local, onde teríamos um desenvolvimento lógico dos atos: aprovação do projeto apresentado; registro do memorial e conseqüentemente abertura das matrículas das áreas destinadas ao uso público.

Contudo, as coisas não acontecem com esta logicidade. Primeiro, porque não há abertura de matrículas em nome do Município das áreas com destinação pública. Apenas consta uma "observação" da destinação para fim público. Isso quer dizer, na prática, os Registros de Imóveis não reconhecem o projeto aprovado pelo Município, não abrindo novas matrículas para a área pública destacada no projeto. Na verdade, não entendem aplicável o art. 22 da Lei 6766/79 aos desmembramentos, por força do qual, o registro do plano de loteamento aprovado pelo Município, faz ingressar no domínio público as áreas com tal destinação.

Tal situação gera transtornos de toda ordem, a começar pela falta de controle do próprio Município sobre suas áreas. Porém, há doutrina e jurisprudência que entende dispensável dito registro, o que respaldaria a manutenção de cadastro administrativo como solução alternativa ao registro.

Valter Ceneviva, ao comentar a L. 6015/73, art. 167, leciona que *"Caso de não-registrabilidade é dos espaços livres de loteamento registrado, na forma do projeto e do memorial descritivo aprovados. Integram, por definição legal e por sua destinação, o domínio público independentemente de qualquer assento imobiliário"* em sua obra *Lei dos Registros Públicos Comentada*, Ed. Saraiva, 8ª. ed., 1993, p. 291.

É em Cretella Júnior que encontramos a melhor doutrina sobre bens públicos ao analisar o instituto da afetação, leciona que esta decorre "de um fato ou pronunciamento do Estado que incorpora uma coisa à dominialidade pública" (pg.119). A afetação decorre de um fato, uma lei ou um ato administrativo.

Decisões do STJ, outrossim, retratam a atual tendência em se reconhecer a dominialidade pública para bens que contenham

uma destinação pública, mesmo em parcelamentos irregulares, implantados de fato, sem o devido registro, conforme se vê da seguinte ementa:

“Reintegração de posse promovida pela prefeitura. Loteamento irregular. Afetação das áreas livres ao uso comum do povo. Procedência da demanda. A moderna doutrina considera que não é apenas o título de aquisição civil, nem a transcrição imobiliária, que conferem ao imóvel o caráter de público, mas sim sua destinação, mesmo se através de loteamento irregular, implantado de fato, à revelia da municipalidade. Consumados o arruamento e a urbanização as áreas livres são ditas como de domínio público, e portanto cabível tornou-se a demanda vindicatória contra quem em área livre edificou clandestinamente” (RESP 27602/SP, DJ 04.10.93, Min.Athos Gusmão Carneiro).

No caso originário da consulta, temos um desmembramento registrado, sem contudo, abertura de matrícula para o Município, o que, face doutrina e jurisprudência colacionados afigura-se desnecessário, já que consta na matrícula a destinação especial para escola. Ora, parece-me que matrícula no caso em tela, seria superfetação como bem refere Hely Lopes Meirelles citado em parecer de Vanesca Prestes, em Revista da Procuradoria-Geral do Município, nº 12, setembro/98, pg.167:

“Superfetação é pretender o Município uma escritura de doação, para subsequente registro das ruas e praças em seu nome. Nem mesmo se faz mister, a nosso ver, a inscrição do loteamento para que consideremos incorporados no domínio municipal esses bens de uso comum do povo, decorrentes da urbanização de áreas particulares. A inscrição só é exigível para fins de alienação de lotes, sem qualquer implicação com as áreas de domínio público, não sujeitas às normas civis e às exigências de comercialidade dos bens particulares”.

Parece-me, à vista do exposto, que a exigência da SPM para com o DEMHAB e o questionamento levantado perante esta PGM guarda certa perplexidade. Isso porque, questionam que os registros de imóveis não aceitam a lei municipal, ao não registrarem a área pública, ao mesmo tempo que exigem matrícula da área que já consta com destinação pública na própria matrícula. Isso implica, s.m.j., que o próprio órgão público não aceita o desmembramento aprovado por ele.

Ora, o bem está afetado, destinado ao uso público. Logo, integra o domínio do Município. Assim deve ser visto e entendido pelos órgãos públicos municipais, os quais deveriam manter cadastro das áreas com destinação a equipamentos urbanos e comunitários, nos respectivos projetos urbanísticos, como forma de controle.

O último questionamento da secretaria consulente é se o deferimento do interesse manifestado pelo DEMHAB caracterizaria desvio de finalidade, já que o imóvel ingressou no patrimônio público por força e para destinação expressa no art.188 do PDDU, anteriormente transcrito.

Com efeito, a razão da reserva de área pública, como já exposto é a de suprir a deficiência de equipamentos comunitários: praças e escolas. Desta forma, apresenta-se indiscutível que o proprietário atenda tal

obrigação legal. A lei que dispõe sobre o planejamento urbano prevê como condicionante a destinação de áreas públicas, não cabendo ao proprietário (parcelador) questionar, mas cumprir a determinação legal.

Demarcado em projeto aprovado pelo Município área pública, o natural seria a abertura de matrícula em nome deste. Parece-me que neste caso, não haveria qualquer pertinência eventual suscitação por parte do proprietário de desvio de finalidade, já que o bem teria ingressado no patrimônio público, por decorrência de uma relação de administração, a qual, segundo Ruy Cirne Lima, "*domina e paralisa a de direito subjetivo*". Outrossim, o fim pretendido pelo DEMHAB também tem por móvel uma finalidade pública.

Inicialmente, porém, estando o imóvel em questão, como já referido, afetado ao uso público especial, faz-se indispensável a desafetação, para retirá-lo de tal categoria. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu Curso de Direito Administrativo, pg.567, "*a desafetação dos bens de uso comum, isto é, seu trespasse para o uso especial ou sua conversão em bens meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela*" (grifos do autor). Em prosseguimento reforça: "*A desafetação de bem de uso especial, trespessando-o para a classe dos dominicais, depende de lei ou de ato do próprio Executivo, como por exemplo, ao transferir determinado serviço que se realizava em dado prédio para outro prédio, ficando o primeiro imóvel desligado de qualquer destinação*" (grifos do autor). Deflui, então, que somente após a liberação do imóvel de sua destinação especial pode-se cogitar de outra utilização ao imóvel.

Desvio de finalidade é espécie de desvio de poder o que invalida o ato administrativo. Hely Lopes Meirelles identifica-o como ocorrente "*quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público...É assim a violação ideológica da lei..*"

Para Cretella Júnior, em sua obra "Do Ato Administrativo" , 2ª. ed., 1977, pg.195 caracteriza-se "*pelo uso indébito que o agente faz do poder discricionário de que dispõe para atingir fim diverso do que a lei lhe conferira, forçoso é admitir a importância da presença do elemento fim para configurar a existência do instituto*" (grifo do autor), conceituando como aquele que decorre, necessariamente, no desvio da autoridade do fim legal em razão de interesses puramente privados.

Instituto jurídico no qual já se encontra debatida a ocorrência ou não de desvio de finalidade, é nas desapropriações, quando o Poder Público, intervindo na própria privada motivado por uma utilidade ou necessidade pública, emprega o bem expropriado em outra, igualmente com finalidade pública. Em tais casos já está assentado em doutrina e jurisprudência a não caracterização de desvio de finalidade.

O pleito do DEMHAB contém finalidade pública, finalidade cogente, no dizer de Ruy Cirne Lima (Princípios de Direito Administrativo, p.51). Certo, a falta de política habitacional para baixa renda não é problema exclusivo do Município de Porto Alegre. Mas, por óbvio, não lhe retira o poder (dever) de atuar na minoração do problema no âmbito do interesse local.

Com efeito, a razão da reserva de área pública, como exposto é a suprir a deficiência de equipamentos comunitários: praças e escolas.

À vista de tais considerações, força é concluir que não há, no caso, desvio de finalidade.

O Município não agiu em momento algum visando interesse outro que não seja público. Interesse que, no caso em tela, não precisa atender diretamente a toda comunidade, mas com certeza os benefícios serão sentidos de forma reflexa. Isso porque, a construção de moradias visando reassentamento atinge população de baixa ou baixíssima renda, normalmente situadas em áreas de risco e causando danos ambientais, face à ausência de serviços básicos de saneamento, normais em sub-habitações.

A Lei Orgânica do Município no Título V que dispõe do desenvolvimento urbano e do meio ambiente traz como meta a melhoria da qualidade de vida e o incremento do bem-estar da população. Neste mesmo título, capítulo VI, art. 229, traz também como meta prioritária *"a superação da falta de moradia para os cidadãos desprovidos de poder aquisitivo familiar suficiente para obtê-la no mercado"*.

O DEMHAB motivou seu requerimento de parcelamento (ou construção) sobre o terreno em tela na carência de áreas para reassentamento. Outrossim, há informação do Engo. Luís Antônio Gomes da autarquia interessada, datada de 02.06.98, no processo administrativo 02.264574.002 de que a área seria utilizada pelo DEP, tendo havido desistência, quando, então, o DEMHAB demonstrou seu interesse.

Por fim, em admitindo-se a destinação pretendida pela autarquia interessada, dependeria da subsunção às normas da Lei 8666/93, a qual exige: lei autorizativa; avaliação prévia e licitação, dispensada esta, no caso de doação - art. 17, I, letra b - hipótese que entendo enquadrável à espécie em análise.

CONCLUSÕES:

- a) O Município possui competência constitucional para dispor sobre parcelamento do solo em razão do interesse local;
- b) Em nome do interesse local pode legislar além das disposições da Lei 6766/79, sendo portanto viável a previsão de área pública em desmembramento.
- c) O art. 11 da Lei 6766/79 não possui interpretação restritiva, mas ampla, admitindo-se a extensão aos desmembramentos das disposições urbanísticas aplicáveis aos loteamentos;
- d) O registro como formalidade legal que confere a titularidade, faz-se dispensável para imóveis com destinação pública, ou ainda, afetados de fato ao uso público, podendo o Município manter controle através de forma de cadastramento uniforme para todos órgãos públicos. Contudo, podemos estabelecer contato com a CGJ para que os cartórios de registros de imóveis passem a registrar os projetos de

desmembramentos conforme aprovados pela SPM, o que poderia redundar em provimento do órgão judiciário em apreço aos Cartórios Imobiliários;

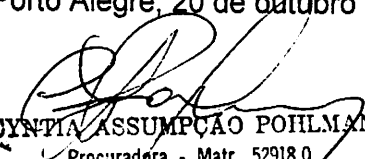
e) O desvio de finalidade caracteriza-se pela prática de ato administrativo "lato sensu" visando interesses particulares, ou seja, quando o administrador desvia dos fins legais. No caso em tela, a finalidade perseguida pelo DEMHAB é de interesse público;

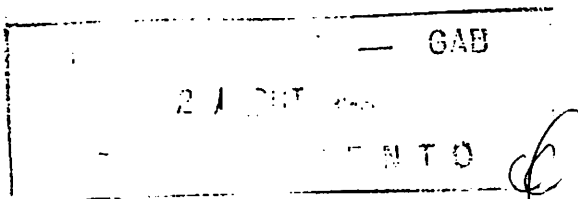
f) Necessidade de desafetação do imóvel com destinação para construção de escola a fim de propiciar sua posterior utilização pelo DEMHAB;

g) Obrigatoriedade da subsunção às normas da Lei 8666.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 20 de outubro de 1998.



CYNTHIA ASSUMPTÃO POHLMANN
Procuradora - Matr. 52918.0
CHEFE DA GABM
Procuradoria - Geral do Município



HOMOLOGO o Parecer n.º 1008/99 de lavra da Procuradora Cyntia Pohlmann, apoiado em farta base jurisprudencial e doutrinária, empresta solução adequada na utilização de áreas oriundas de desmembramento às diferentes demandas da municipalidade, observado o preceito maior de atendimento do interesse público e garantia da função social e qualidade de vida das cidades. Assim, confere-se flexibilidade e dinamicidade as normas urbanísticas, no intento de consolidar a autonomia municipal.

Registre-se, com cópia à EAUMA e ao DEMHAB, devolvendo-se o expediente à SPM.

Em 25.03.99.



Rogério Favreto
Procurador-Geral do Município