

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA
MAGISTRATURA

Trabalho de Conclusão de Curso

PHAMELLA THAYS REZENDE BELINI

POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO EM RAZÃO DA FUNÇÃO
SOCIAL E DO DIREITO DE MORADIA GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

PORTO VELHO – RO
AGOSTO/2017

ESCOLA DA MAGISTRATURA DE RONDÔNIA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA
MAGISTRATURA

PHAMELLA THAYS REZENDE BELINI

POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO EM RAZÃO DA FUNÇÃO
SOCIAL E DO DIREITO DE MORADIA GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

Trabalho Jurídico-Científico de Conclusão de
Curso para obtenção do título de especialista
em Direito para a Carreira da Magistratura.

Professor Orientador: Magistrado, Especialista MBA em Poder Judiciário,
Edenir Sebastião A. da Rosa

PORTO VELHO – RO
AGOSTO / 2017

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

PHAMELLA THAYS REZENDE BELINI

**POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO EM RAZÃO DA FUNÇÃO
SOCIAL E DO DIREITO DE MORADIA GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Natureza: Monografia para conclusão de curso.

**Objetivo: Obtenção do grau de Especialização em Direito para a Carreira da
Magistratura.**

Banca Examinadora:

Juiz
Avaliador

Juiz
Avaliador

Edenir Sebastião A. da Rosa
Juiz Especialista MBA
Orientador

AGRADECIMENTOS

A Deus e à minha família pela força e dedicação que nos renova a cada dia.

À Escola da Magistratura por ter permitido a minha dedicação a esta pesquisa, nos oferecendo um ensino de qualidade.

Ao Orientador Professor Edenir Sebastião A. da Rosa pelo acompanhamento e incentivo em todo o processo.

Aos demais Professores do curso de pós graduação da Escola da Magistratura pelas diversas contribuições e pela dedicação no processo de ensino.

Aos amigos e colegas pelo apoio, ajuda e incentivo.

RESUMO

O presente estudo aborda a problemática da usucapião de bens públicos em razão da função social da propriedade e o direito fundamental à moradia, esbarrando na vedação da incidência de prescrição aquisitiva de bens públicos, em decorrência da característica da imprescritibilidade. Por não haver uma legislação explícita sobre essa obrigação para a Administração Pública, a doutrina se divide quanto a essa impossibilidade e vê na possibilidade da prescrição aquisitiva desses bens uma alternativa para resolver uma problemática social, que é o déficit habitacional. Assim, os imóveis públicos inutilizáveis, ociosos, cumpriram função social e passariam a ter uma utilidade, tanto pública como social.

Palavras-chave: Usucapião. Bem público. Função social. Direito à moradia.

ABSTRACT

The present study deals with the problem of the use of public goods by reason of the social function of property and the fundamental right to housing, thus blocking the prohibition of the prescription of public assets, due to the characteristic of imprescriptibility. Because there is no explicit legislation on this obligation for the Public Administration, the doctrine divides itself on this impossibility and sees in the possibility of the prescription of these assets an alternative to solve a social problem, which is the housing deficit. Thus, public buildings that are unusable, idle, would fulfill a social function and would have a utility, both public and social.

Keywords: Usucapião. Public good. Social role. Right to housing.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO BRASILEIRO.	9
3. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS	19
3.1 Bens públicos dominicais de interesse público	31
4. DIREITO DE POSSE E AS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO	34
4.1 Do direito de posse	34
4.1.1 <i>Conceito de posse</i>	37
4.1.2 DAS TEORIAS OBJETIVA E SUBJETIVA DA POSSE	39
4.2 Distinção entre posse e detenção	40
4.3 Das espécies de usucapião	41
4.3.1 <i>A usucapião antes do código civil de 1916</i>	44
4.3.2 <i>Da usucapião extraordinária</i>	46
4.3.3 <i>Da usucapião ordinária</i>	47
4.3.4 <i>Da usucapião especial urbana</i>	48
5. DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL	51
5.1 Sentido etimológico e conceito de propriedade	51
5.2 Direito fundamental à moradia	52
5.3 Princípio da Função social da propriedade	57
6. DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	74

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da possibilidade de usucapião de bem público em razão da função social e do direito à moradia, tendo em vista que a própria Constituição Federal garante a função social da propriedade e protege o direito à moradia para todos os cidadãos. O objetivo dessa pesquisa é apresentar os argumentos favoráveis a usucapião de bem público em prol da dignidade da pessoa humana, em virtude de que toda pessoa tem direito a uma moradia digna.

Usucapião é o direito que um cidadão adquire em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência do uso deste por um determinado lapso temporal.

Para que esse direito seja reconhecido, é necessário que sejam atendidos determinados requisitos previstos na lei, especificamente no Código Civil e na Constituição Brasileira.

Os requisitos fundamentais para a aquisição originária da propriedade são: posse por um determinado lapso temporal de um bem móvel ou imóvel, e que a posse seja ininterrupta e pacífica.

Destaque-se que a possibilidade de usucapir um bem público não se trata de matéria pacificada em nossos tribunais, pelo contrário, é de grande discussão e controvérsia, motivo pelo qual deve-se pesquisar com mais profundidade sobre o tema, expondo os pontos favoráveis e os prejudiciais de se flexibilizar a imprescritibilidade dos bens públicos, em certos casos.

Ao estudar o tema percebe-se que se trata de uma contradição criada pela própria Constituição Federal, que determina a vedação em se reconhecer a possibilidade de usucapir um bem público, tendo em vista sua característica de imprescritível, contudo, por outro lado, prevê uma limitação ao direito de propriedade, em razão da função social, não estando os bens públicos isentos de cumprir tal função. Tratando-se ambas de normas constitucionais, necessário se faz a aplicação do método da ponderação dos princípios no caso concreto, chegando assim a um ideal de justiça, alcançando o melhor interesse público.

Importante se faz destacar que a função social da propriedade, veio reconhecida na Constituição de 1988 com status de princípio, motivo pelo qual, tem o condão de garantia ao cidadão, e ainda, estando conjugado com o princípio fundamental da dignidade humana e com o direito à moradia, torna-se nitidamente

possível defender-se a teoria da flexibilização da imprescritibilidade e possibilitar a usucapião de bem público.

A aplicação de tal teoria traria solução a vários problemas sociais atuais. Além do que, se a propriedade pública não cumpre com a função social não pode ser objeto de tutela por nossa Carta Magna. Portanto, vale lembrar, não se está discutindo a possibilidade de usucapir um bem público que encontra-se perfeitamente seguindo a função para a qual fora criado, ou seja, bens de uso especial ou de uso comum do povo, a hipótese levantada é de se dar uma destinação social, em casos específicos, a bens públicos sem destinação específica, isto é, aqueles classificados como dominicais/dominiais.

Não se pode ignorar o fato de o direito à moradia não ser apenas um direito fundamental, senão também um dever do Estado em proporcionar o exercício de tal direito, tendo em vista estarmos na geração de direito em que não cabe apenas a abstenção do Estado, mas sim, a sua atuação efetiva para garantir o exercício dos direitos fundamentais.

Portanto, a pesquisa aborda o ponto controverso que diverge em: deve-se proteger a característica de imprescritibilidade para todos os bens públicos, por ser um requisito de suma importância que garante o interesse público, dessa forma protegendo o patrimônio público, ou, deve-se flexibilizar em alguns casos, fazendo assim que famílias desabrigadas possam ter um lar, sem que o Estado precise despender recursos para inseri-las em programas habitacionais, pois trata-se de um dever do Estado viabilizar o direito à moradia.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO BRASILEIRO.

Nosso ordenamento jurídico constitucional sobre o direito de propriedade apresenta uma evolução que parte de uma posição nitidamente individualista, ao melhor estilo da concepção clássica, e chega a uma concepção que proclama não apenas as vantagens para o proprietário, mas também obrigações ao sujeito e que condicionando o uso da propriedade ao interesse geral, ou seja, determina o cumprimento da função social. No Brasil, o direito de propriedade vem sendo reconhecido em nível constitucional desde a instituição da nossa primeira Carta Magna em 1824.

De acordo com o historiador Boris Fausto¹ em sua obra sobre a história do Brasil, o início da colonização do território brasileiro se deu entre os Séculos XV-XVIII, conhecida como fase do Brasil Colônia.

Em 1494 foi assinado o Tratado de Tordesilhas, acordo realizado entre Portugal e Espanha, que dividia o mundo a partir de um meridiano 370 léguas a oeste do arquipélago de Cabo Verde. Essa linha imaginária passava na altura das atuais cidades de Belém (PA) e Laguna (SC). Portugal ficava com as terras a leste e a Espanha, com as terras a oeste. Desse modo, os dois países estabeleceram os limites dos territórios descobertos durante a expansão marítima.

Em 1500 ocorreram duas expedições espanholas que passaram pelo Nordeste brasileiro a caminho da América Central. Não há confirmação de que tenham aportado em território brasileiro. A primeira expedição, foi chefiada por Vicente Yañez Pinzón, aproximou-se do Ceará em janeiro desse ano; a segunda, chefiada por Diego de Lepe, cruzou o litoral entre o Rio Grande do Norte e Pernambuco no mês seguinte.

Em 22 de abril, Pedro Álvares Cabral e sua esquadra chegaram ao litoral sul da Bahia, quando ocorreu então o descobrimento do Brasil. O desembarque aconteceu no dia seguinte, e, em 26 de abril, é celebrada a primeira missa no território encontrado.

Em 1502 – O rei dom Manuel concede a um grupo de comerciantes liderados por Fernão de Noronha o direito de exploração do pau-brasil na terra então chamada de Santa Cruz. No ano seguinte é feita a primeira viagem para a extração da madeira.

¹ FAUSTO, Boris. História do Brasil. São Paulo: Edusp. 1996

Os resultados são tão bons que levam à concessão de uma ilha a Fernão de Noronha, em 1504, no arquipélago que ele descobriu e que hoje tem seu nome. É a primeira **capitania hereditária brasileira**².

Com intuito de proporcionar melhor aproveitamento à administração da colônia, a Coroa Portuguesa delegou aos particulares a exploração e a colonização, principalmente por falta de recursos de Portugal em manter a sua colônia de além mar.

Adveio então a divisão do território em capitanias, que iam do litoral até o limite estipulado pelo Tratado de Tordesilhas, esse modelo de colonização tinha logrado sucesso na Ilha da Madeira e em Cabo Verde, na África.

Com a primeira divisão formou-se a Ilha de São João, a qual fora colocada sob responsabilidade de Fernando de Noronha em 1504. Essa iniciativa de colonização através deste modelo respondia à necessidade de proteção contra invasores, em especial os franceses.

No início da divisão de terras pelo modelo de capitanias hereditárias, foram beneficiados quinze pessoas com capitanias no território da colônia portuguesa. Os escolhidos eram membros da baixa nobreza portuguesa que a Coroa entendia possuírem condições para a empreitada de colonização. Esses nobres foram denominados donatários e representavam a autoridade máxima da capitania.

Ressalte-se que, o donatário não era dono, mas deveria desenvolver a capitania com recursos próprios, responsabilizando-se por seu controle, proteção e desenvolvimento, portanto não detinha a propriedade da terra, mas tão somente o domínio útil.

A relação jurídica entre o donatário e a Coroa Portuguesa estruturava-se, Juridicamente, por meio de dois documentos: Carta de Doação e Carta Foral.

A Carta de doação dava a posse da terra ao donatário e a possibilidade de transmitir essa terra a seus herdeiros, mas não o autorizava dispor do bem. O documento também concedia uma sesmaria³ de dez léguas da costa onde se deveria

² As **capitanias hereditárias** eram uma forma de administração do território colonial português na América. Basicamente eram formadas por faixas de terra que partiam do litoral para o interior, comandadas por donatários e cuja posse era passada de forma hereditária.

³ **Sesmaria** era um lote de terras distribuído a um beneficiário, em nome do rei de Portugal, com o objetivo de **cultivar terras virgens**. Originada como medida administrativa nos períodos finais da Idade Média em Portugal, a concessão de sesmarias foi largamente utilizada no período colonial brasileiro. Iniciada com a constituição das **capitanias hereditárias** em 1534, a concessão de sesmarias foi abolida apenas quando houve o processo de independência, em 1822.

fundar vilas, garantir a segurança e colonização através do povoamento, construir engenhos.

Na Carta de Doação estabelecia-se que o donatário era a autoridade máxima judicial e administrativa da capitania. Era ele quem controlava a escravização indígena, a aplicação da justiça, recolhimento de impostos e aplicação de penas.

A Carta Foral por sua vez estabelecia tributos e a distribuição dos lucros da produção das capitanias, definindo o que pertencia à Coroa e o que pertencia aos donatários.

Esse sistema foi bom para a Coroa Portuguesa, pois amealhou os lucros, mas não era tão lucrativo para os donatários. Eles enfrentaram desde o início grandes dificuldades, tendo de desenvolver a colônia com poucos recursos, prejudicados pela distância de Portugal e ainda tinha que lidar com os ataques indígenas.

Em decorrência dessas dificuldades, o modelo não funcionou de acordo com as expectativas. Prosperaram apenas duas Capitanias: Pernambuco e São Vicente. Apesar do fracasso desse modelo a Coroa não mudou seu posicionamento e a estrutura administrativa da colônia. A abolição da hereditariedade foi o primeiro passo nesse sentido, porém ocorreu apenas em 1759, definido pelo Marquês de Pombal.

Dessa forma, as capitanias hereditárias existiram até 1821. À medida que iam fracassando, retornavam à gestão da Coroa Portuguesa e eram redimensionadas, gerando novas estruturas de administração. O ato de redimensionar as fronteiras das capitanias hereditárias moldou alguns estados litorâneos atuais.

Por fim, diante das dificuldades de administração desse modelo, em 1548, a Coroa portuguesa decide centralizar o poder e nomear um governador geral (Tomé de Sousa) para o Brasil, quando se iniciou uma nova fase da história colonial brasileira.

Tomé de Sousa assume o primeiro governo geral do Brasil. A nova forma de administração permite maior centralização de poder. Isso faz com que muitos donatários e colonos entendam a nomeação do governador como ingerência indevida da Coroa nas capitanias, isso fez com que surgissem conflitos entre o poder real e o local em questões como escravização indígena, cobrança de taxas e ações militares. Essa forma de governo permanece até a vinda da família real para o Brasil, em 1808.

O regimento de Tomé de Souza permitia o acesso à terra através de doações. Destaque-se que a distribuição das terras dependia da Coroa, que detinha a

propriedade da terra brasileira como fundamento do seu poder político, social e econômico.

Dessa forma, havia o acesso à terra poderia ser alcançado por duas maneiras, pela ocupação, que era uma forma ilegal, ou por doação real, que era a forma legal. Portanto, no Brasil, os fazendeiros obtinham acesso à terra por meio de doações e às demais pessoas, por meio da ocupação. Os grandes proprietários podem comprar mais e mais terras, formando grandes latifúndios, já os trabalhadores rurais tinham acesso à terra através de ocupação ilegal, por meio de invasão.

Em 1549 Tomé de Sousa funda na Bahia, a cidade de Salvador, para servir de sede do governo. O lugar é escolhido tanto em razão da localização marítima protegida como das condições naturais do Recôncavo, favoráveis ao cultivo da cana-de-açúcar.

Em 1555 a França, inconformada com a partilha das terras americanas feita pelo Tratado de Tordesilhas, defende o direito de posse a quem ocupá-las. A primeira invasão francesa do território brasileiro acontece na ilha de Serigipe (atual Villegaignon), na Baía de Guanabara. Os franceses instalam uma comunidade chamada França Antártica, destinada a abrigar protestantes calvinistas fugidos das guerras religiosas na Europa. Sua principal atividade econômica era o escambo, pela troca de mercadorias baratas por pau-brasil, feita com os indígenas da região. Eles constroem um forte e resistem por mais de dez anos aos ataques dos portugueses.

Em 1580 ocorreu a morte do cardeal dom Henrique, tio de dom Sebastião, que havia assumido o governo de Portugal. A Espanha estava sob o reino de Felipe II, o Sacro Império Romano-Germânico e Holanda e era também ligado por parentesco à casa real portuguesa, impõe-se como o novo rei de Portugal. O Tratado da União Ibérica entre a Coroa portuguesa e a espanhola vigora até 1640 e significa uma espécie de anexação de Portugal pela Espanha. Em decorrência dessa união, países como França, Inglaterra e Holanda, inimigos da Espanha, tornam-se igualmente inimigos de Portugal. Mesmo que a princípio as colônias que pertenciam a Portugal continuassem governadas a partir de Lisboa e as espanholas, de Madri, fica facilitada a penetração portuguesa além dos limites do Tratado de Tordesilhas.

Após a união das coroas portuguesa e espanhola e a formação da União Ibérica em 1580, o objetivo por trás do Tratado de Tordesilhas (1494) parecia não fazer mais sentido. Outrossim, o desenvolvimento do bandeirismo e das missões jesuítas viabilizou o deslocamento de muitos portugueses em direção a áreas que

pertenciam oficialmente aos espanhóis, segundo os limites estabelecidos desde o final do século XV.

Com o objetivo de redefinir os limites territoriais de toda a região, os governos ibéricos celebraram o Tratado de Madri em 1750. Era notório que os portugueses já haviam ocupado e desenvolvido atividades econômicas em várias regiões de posse dos espanhóis. Desse modo, os diplomatas de Portugal foram astutos ao propor o princípio do Uti Possidetis (direito de posse) para ser usado na definição da nova limitação geográfica de cada reino no continente americano.

Além do princípio Uti Possidetis, alegavam que a usurpação de terras era algo recíproco, tomando como exemplo as atividades espanholas desenvolvidas em partes da Ásia (Filipinas, Marianas e Molucas), regiões que estariam fora dos limites estabelecidos pelo Tratado de Tordesilhas.

Ocorreu a colonização do Sul do Brasil por imigrantes a partir de 1800, os quais passaram a exercer trabalho agrário.

Em 9 de janeiro de 1822, D. Pedro I recebeu uma carta de dom João VI, exigindo seu retorno para Portugal. Há tempos os portugueses insistiam nessa empreitada, pois almejavam recolonizar o Brasil e a presença de D. Pedro impedia este ideal. Porém, D. Pedro resiste às pressões por considerá-las tentativa de esvaziar o poder da monarquia e se manifestou proferindo a seguinte frase: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, estou pronto! Digam ao povo que fico".

Dessa forma, Dom Pedro recusa fidelidade à Constituição portuguesa e convoca a primeira Assembleia Constituinte brasileira. Assim declarou como inimigas as tropas portuguesas que desembarcassem no Brasil, o príncipe regente publica o Manifesto às Nações Amigas, redigido por José Bonifácio, o Patriarca da Independência, justificando o rompimento com as Cortes de Lisboa e assegurando a independência do Brasil, mas como reino irmão de Portugal.

Em todo o período do Brasil-Colônia o sistema jurídico que vigorou foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Ficaram prontas ainda durante o reinado de Filipe I, em 1595, mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II.

A Constituição de 1824, sob expresso influxo do liberalismo francês, expunha caráter individualista de propriedade, e garantia em seu artigo 179, § 22⁴, o direito de propriedade em toda a sua plenitude, sem qualquer restrição ou limitação, apenas fazendo ressalva à hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade social, caso em que definia as regras para o pagamento de indenização.

Com base no citado preceito constitucional, é definido a propriedade como: “A senhoria de um sujeito de direito sobre determinada coisa garantida pela exclusividade da ingerência alheia, ou, o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, excluindo de qualquer ingerência no mesmo por terceiros”.

Dessa forma, esse diploma constitucional consagrava a propriedade como direito inviolável, na linha do artigo 17⁵ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização”.

Após a proclamação da República e o estabelecimento de uma nova ordem constitucional com a Constituição Republicana de 1891, o direito de propriedade permanece seguindo com idêntica concepção trazia na Constituição Imperial, conforme nota-se com a leitura do disposto no artigo 72, §17⁶ da Constituição Republicana de 1891: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude... As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”. Segue, portanto, definindo o caráter de plenitude da propriedade.

Desse modo, apresentando um ideal claramente liberal, prevendo a única restrição a desapropriação por necessidade pública mediante indenização prévia. Mantendo o direito de propriedade conforme previsto na Constituição do Império.

No entanto houve uma reforma constitucional em 1926, a qual estabeleceu outras restrições, assim enunciadas: a) as minas pertencem aos proprietários do solo,

⁴ BRASIL. Constituição Política Do Imperio Do Brazil (1824). Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁵Declaração Dos Direitos Do Homem E Do Cidadão (1789). Ratificado 26 de agosto de 1789. Disponível em:<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁶ BRASIL. Constituição Política Do Imperio Do Brazil (1824). Carta de Lei de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017

salvo as limitações estabelecidas por lei e a bem da exploração das mesmas; b) as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros.

A Constituição de 1934⁷, que fora instituída num período pós-revolucionário (Revolução de 1930), numa fase de intensa e profunda reconstrução social, inspirada nas ideias de juristas europeus, que defendiam a prevalência do interesse público sobre o individual, inovou ao introduzir, a garantia do poder de propriedade não ser exercido contra o interesse social ou coletivo, estabelecendo, desse modo, pela primeira vez a ideia de função social, conforme disposto no artigo 113, § 17, da Constituição de 1934⁸, vide a redação:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização posterior.

Por sua vez, a Constituição de 1937⁹ garantiu o direito à propriedade, encarregando à lei ordinária a definição de seu conteúdo e dos limites ao exercício (artigo 122, § 14). Dessa forma, no mesmo sentido das demais Constituições, reafirmou o direito de propriedade, concedendo ao legislador ordinário o encargo dever de regulamentá-lo.

A Constituição de 1946¹⁰ foi a primeira a efetivamente reconhecer o caráter supra individual da propriedade e estabelecer a definição de função social condicionando o direito de propriedade ao comprimento do bem-estar social. Estabelecendo, em seus artigos 141, §16, e 147, que se promovesse a justa distribuição da propriedade, com igualdade de oportunidade a todos.

⁷ BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1934). Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

⁸ Id. 1934.

⁹ BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1937). Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 02 nov. 2017.

¹⁰ BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1946). Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Também estabeleceu a possibilidade de desapropriação de terras por interesse social, tendo como objetivo a justa distribuição da propriedade. Contudo, apenas em 1962 este dispositivo foi regulamentado, ou seja, dezesseis anos após a promulgação da Constituição de 1946, após a edição da Lei nº. 4132, que passou a regular a desapropriação por interesse social, apesar de ser de forma insuficiente no que diz respeito aos imóveis rurais para fins agrários.

Por sua vez, a Constituição de 1946, elaborada após a queda do Estado Novo instituído por Getúlio Vargas, não divergiu do que já vinha sendo disposto sobre o direito de propriedade nas Constituições de 1934 e 1937, contudo, inovou ao trazer ao direito de propriedade um sentido social amplo.

Note-se que este Diploma foi muito importante para a evolução do direito de propriedade no Brasil, pois, através de seu artigo 141, §16, acresceu às hipóteses autorizadoras da desapropriação – necessidade e utilidade pública - o interesse social.

Em 1964, com a Emenda Constitucional nº. 10¹¹, que garantiu autonomia legislativa ao Direito Agrário, possibilitou o surgimento do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), que foi a primeira de todas as legislações latino-americanas a tratar sobre reforma agrária, e possivelmente a primeira a definir a função social da propriedade, ou senão, pelo menos, a primeira a estabelecer seus requisitos essenciais.

A Carta de 1967¹² apenas repetiu o disposto nas constituições anteriores, contudo, trouxe em seu art. 167, a função social erigida ao status de princípio da ordem econômica e social, cuja finalidade é promover o desenvolvimento nacional e a justiça social, vide a redação legal:

A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III- função social da propriedade.

Vale lembrar que para alguns, a Constituição de 1969, Emenda Constitucional nº 1¹³ trata-se apenas de uma emenda à Constituição de 1967. No entanto,

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 10 (1964). promulgada em 09 de Novembro de 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc10-64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹² BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil (1967). Outorgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017.

¹³ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 (1969). promulgada em 17 de Outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017

considerando que tratou-se de uma nova Constituição, temos que em seu artigo 153, § 22 referiu-se ao direito à propriedade, reproduzindo, literalmente, o disposto na Carta Constitucional de 1946. Contudo, o mesmo texto, em seu artigo 160 trouxe evolução acerca do reconhecimento do princípio da função social da propriedade.

Dessa forma, manteve a mesma linha de garantir principalmente o direito de propriedade com as ressalvas da desapropriação e da requisição.

Abraçando, em parte, o disposto anteriormente, todavia, procurando adaptá-lo à situação vigente, contudo, sem afastar a propriedade de sua característica primordial, qual seja o cumprimento da sua função social.

Finalmente, nossa atual ordem Constitucional, após o advento da Constituição Federal de 1988¹⁴, também conhecida como “Constituição Cidadã”, teve como escolha legislativa a prevalência do interesse social. Prevendo o direito à propriedade no “*caput*” do art. 5º, e novamente expresso no inciso XXII, ao qual, com a pretensão de reforçar a garantia à inviolabilidade de tal direito.

Atualmente, notamos que a propriedade, que antes era considerada como um direito subjetivo do proprietário, isso até o final do século XVIII foi elevada a ostentar um caráter de socialização ou destinação social. Existe na propriedade uma imperiosa função social objetivando compor e administrar os capitais por meio dos quais cada geração prepara os trabalhos para a geração seguinte.

A propriedade vem assumindo um papel objetivo, constituído, primordialmente, de deveres impostos aos proprietários, cujas prerrogativas vinculam-se ao cumprimento desses deveres, no entanto, devem ser submetidos à utilidade pública. Isso se deu em consequência da perda do caráter absoluto e intangível que outrora vigorava a respeito do direito de propriedade, não mais condizente com a realidade atual.

Dessa forma, nosso texto constitucional vigente, embora garanta em vários dispositivos o direito à propriedade, ressalva a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXIV.

¹⁴BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Observe-se que uma diferença notável entre a ordem constitucional atual e as anteriores foi a inclusão do direito de propriedade no capítulo dos direitos fundamentais. Fica claro que o pacto político – ideológico constitucional mudou.

Note-se que é ampla a regulamentação a respeito do direito de propriedade na atual Constituição, a matéria está regulada no capítulo dos direitos fundamentais e no da ordem econômica.

O direito de propriedade socialmente funcionalizada veio a ser reconhecida como um direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território brasileiro. Então, a propriedade passou a ser, por um lado, o direito fundamental do titular em ver preservado seus interesses individuais, e por outro lado, o direito fundamental de toda a sociedade em fazer valer seus direitos e interesses incidentes sobre a primeira.

3. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Se faz importante conceituarmos e classificarmos os bens públicos para melhor compreensão do tema. Dessa forma, bens públicos, conforme disposto no livro de direito civil dos doutrinadores Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹⁵, parte geral, são definidos como aqueles “materiais ou imateriais, cujo titular é uma pessoa jurídica de direito público (da administração direta, indireta, fundacional ou autárquica) ou uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público...”.

Segundo o Código Civil¹⁶, em seu artigo 99, são bens públicos:

- I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
- II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
- III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Os bens públicos se classificam quanto à titularidade, quanto à destinação e quanto à disponibilidade.

I) Classificação quanto à titularidade: os bens podem ser federais, estaduais, distritais e municipais.

I.1) Federais são aqueles pertencentes à União, enumerados no art. 20 e incisos da CF, cuja função está relacionada à segurança nacional, à proteção à economia do País, ao interesse público nacional e à extensão do bem.

Os bens federais em razão da segurança nacional são as terras devolutas necessárias à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, os lagos e rios, as ilhas oceânicas, fluviais, o mar territorial e os terrenos de marinha.

Os bens federais, classificados assim em razão da proteção à economia do País são os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, os recursos potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais.

Os bens federais classificados em razão do interesse público nacional, por sua vez, são as vias federais de comunicação, a preservação do meio ambiente, as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos, bem como as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

¹⁵ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito Civil Parte Geral e LINDB**. 11ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013 p. 534.

¹⁶ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Os bens federais classificados em razão de sua extensão, são os lagos e rios que banham mais de um Estado.

I.2) Os bens Estaduais e Distritais são os bens pertencentes, respectivamente, aos Estados membros e ao Distrito Federal, os quais encontram-se enumerados no art. 26 da Constituição Federal¹⁷, quais sejam:

- I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
- II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
- III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
- IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

I.3) Os bens Municipais, por sua vez, são aqueles que pertencem aos municípios, porém não estabelecidos na Constituição Federal, a exemplo as ruas, praças, os edifícios públicos os jardins públicos, dentre outros.

II) Quanto à destinação/ utilização a doutrina interpreta a lei e define os bens públicos da seguinte maneira: II.1-Bens de uso comum do povo ou de Domínio Público; II.2-Os bens de uso especial e II.3-Os bens dominicais/dominiais, temos também as II-4 Autorização, II-5 Concessão, II-6 Permissão de Uso, II.7 A Concessão De Direito Real De Uso, II.8) Cessão De Uso e II.9) Antigo regime da Enfiteuse.

II.1) Bens de uso comum do povo ou de Domínio Público são aqueles que se destinam ao uso comum do povo, podem ser empregados sem restrição, de modo gratuito ou onerosamente, por todos, sem necessidade de qualquer permissão especial, como ruas, praças, jardins, praias, estradas, etc.

II.2) Os bens de uso especial são aqueles bens que destinam-se à execução dos serviços administrativos e serviços públicos em geral, os quais constituem o aparelhamento material da administração, a título de exemplificação temos repartições públicas em funcionamento, escolas públicas. Fazem parte do Patrimônio Administrativo Indisponível.

II.3) Os bens dominicais/dominiais são aqueles que, apesar de constituírem o patrimônio público, não possuem uma destinação pública determinada ou um fim administrativo específico, por exemplo prédios públicos abandonados. Destaque-se que, esses fazem parte do Patrimônio Disponível da Administração.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

II.4) A Autorização de Uso - é ato unilateral, podendo ser gratuito ou oneroso, independente de lei, não possui forma especial, discricionário, pois o Poder Público irá analisar a conveniência e oportunidade da autorização. O ato pode ser revogado precariamente pela Administração, e não gera direitos para o particular. Exemplo.: autorização para retirada de água de fontes não abertas ao uso comum do povo, ou outras que não prejudiquem à coletividade e que só interessem a alguns particulares. Quando Inexiste interesse público.

A autorização de uso é ato precário, pois não gera direito subjetivo ao particular à obtenção ou continuidade da autorização. Desse modo, em regra, não há direito à indenização em caso de cassação do alvará.

De acordo com o doutrinador Hely Lopes Meirelles, a autorização expedida com prazo determinado perde sua natureza de ato unilateral, precário e discricionário, assumindo caráter contratual, tal como ocorre com a autorização especial para o uso da água e autorização de acesso ao patrimônio genético. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág 191).

A autorização de uso para fins urbanísticos, regulada pela Medida Provisória nº 2.220 /01, preenchidos os demais requisitos legais, pode ser concedida a quem possua imóvel público por mais de 5 anos, utilizando-o para fins comerciais.

Trata-se de autorização de uso especial, prevista no artigo 9º da MP 2.220 /01¹⁸, que diz:

Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.

§ 1º A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita.

§ 2º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 3º Aplica-se à autorização de uso prevista no caput deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória. Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.

¹⁸ BRASIL. Medida Provisória 2.220 (2001). Promulgada em 4 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017

Portanto, são requisitos da autorização especial: Imóvel público Área: até 250 metros quadrados Local do imóvel: área urbana Posse do imóvel: mais de 05 anos até 30/07/2001 Utilização do imóvel: fins comerciais.

II.5) Permissão de uso, em sentido lato sensu, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, conceituando o instituto como:

Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público. O seu objeto é a utilização privativa de bem público por particular.

A permissão de uso está disciplinada no artigo 22 da Lei 9636 /98²⁰, que diz:

Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.

§ 1o A competência para autorizar a permissão de uso de que trata este artigo poderá ser delegada aos titulares das Delegacias do Patrimônio da União nos Estados.

§ 2o Em áreas específicas, devidamente identificadas, a competência para autorizar a permissão de uso poderá ser repassada aos Estados e Municípios, devendo, para tal fim, as áreas envolvidas lhes serem cedidas sob o regime de cessão de uso, na forma do art. 18.

Sobre permissão de uso leciona o doutrinador Hely Lopes Meirelles²¹:

ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público " desde que haja interesse da coletividade, sem o qual o uso não deve ser permitido nem concedido, mas tão somente autorizado.

Não há necessidade de autorização legislativa, mas a lei 8666 /93²², em seu artigo 2º prevê a necessidade de licitação prévia para a permissão, conforme leitura do referido artigo:

Art. 2o As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

¹⁹ PIETRO, M. S. Z. D. **direito administrativo**. 18. ed. [S.l.]: Atlas

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.636 (1998). Promulgada em 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19636.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017

²¹ MEIRELLES, H. L. **direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009. P.533.

²² BRASIL. Lei nº 8.666 (1993). Promulgada em 21 DE JUNHO DE 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017

A despeito de se tratar de ato discricionário e precário, deve, porém, ser condicionado ao preenchimento de certos requisitos. Isto pois, deve-se ter, como premissa, que os bens públicos devem se destinar, prioritariamente, a subsidiar as atividades administrativas de seus titulares, servindo como instrumentos de gestão pública. Igualmente, para o uso privativo, é imprescindível que a Administração expresse seu consentimento por meio de título jurídico formal.

Importante destacar que o instituto é, de certo modo, desconhecido no direito, tendo em vista não existe regra constitucional sobre permissão de uso de bem público e, já na legislação federal, as menções ao instituto são esparsas e muitas vezes imprecisas ou, até mesmo, de certa forma atécnicas. Esclarece-se que a Constituição faz menção somente às concessões e permissões de serviço público, institutos disciplinados, na legislação federal, pela Lei nº 8.987/95, no entanto, não se confunde com a permissão para uso de bem público.

II.6) Concessão de uso de bem público

Essa modalidade de concessão é o contrato firmado entre a Administração, tida como concedente, e um particular, denominado concessionário, em que a Administração outorga ao particular a utilização exclusiva de um bem de seu domínio, para que o explore por sua conta e risco, respeitando a sua específica destinação, da mesma forma deverá cumprir as condições avençadas, tais como prazo, preço a ser cobrado do público, dentre outras.

A lei ainda permite a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins referidos no artigo 7º e na forma regulamentada (artigo 8º) do Decreto-Lei Nº 271²³, De 28 De Fevereiro De 1967.

O contrato de concessão de uso de bem público é ajuste administrativo típico, bilateral, comutativo e realizado *intuitu personae*²⁴. Conforme lesiona o doutrinador Hely Lopes Meirelles²⁵ substitui com vantagem a locação, o comodato e a enfiteuse, que são contratos próprios do direito privado.

²³ BRASIL. Decreto-Lei nº 271 (1967). Promulgado em 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

²⁴ São os contratos que são realizados levando-se em consideração a pessoa da parte contratada. Baseiam-se, geralmente, na confiança que o contratante tem no contratado. Só ele pode executar sua obrigação.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 374 e 375.

A concessão de uso é em regra remunerada e excepcionalmente de forma gratuita, por tempo certo ou indeterminado, e deve ser precedida de licitação para o assinatura do contrato. Frise-se que a outorga de uma concessão não é discricionária nem mesmo precária, sempre devendo obedecer a normas legais e regulamentares, gerando direitos individuais e subjetivos os contratantes.

Esse contrato atribui ao concessionário um direito pessoal de exploração do bem concedido, pelo prazo e nas condições avençadas com a Administração, sendo possível a remuneração do serviço ou da atividade prestada ao público através de um preço, normalmente tabelado pela concedente, em que, em contrapartida, receberá o valor periódico ou global da concessão, avençado no contrato.

Destaque-se que o contrato de concessão de uso não é passível de transferência no todo ou em parte, por meio de subcontratação, pois geraria uma burla à escolha pessoal do concessionário através de licitação. No entanto, é admissível a subcontratação parcial do uso do bem, porém sob total responsabilidade do concessionário e nas mesmas condições do contrato original, exceto em casos que esteja prevista cláusula permissiva e aquiescência da Administração concedente.

A doutrina majoritária entende que a concessão administrativa de uso e a concessão de direito real de uso são institutos diferentes, e, portanto, devem ser regidos por regras próprias.

II.7) A Concessão De Direito Real De Uso

De outro modo, a concessão de direito real de uso de bem público pode ser conceituado como o contrato que cujo objetivo é a transferência da utilização de terreno público ao particular, como direito real resolúvel, para fins específicos de, industrialização, urbanização, edificação, cultivo ou outro tipo de exploração a fim de atender ao interesse social, conforme disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28.02.67²⁶, que a instituiu esse tipo de concessão, sendo que a mencionada transferência poderá ser, conforme disposição legal, de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado.

Desse modo, a concessão do direito real de uso, da mesma forma que as demais concessões, depende de autorização legal e de licitação, porque importa em alienação de parcela do domínio público, motivo pelo qual a lei federal determina que

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 271 (1967). Promulgado em 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

seu registro seja feito em livro especial no Cartório imobiliário competente, tanto para a sua constituição quanto para o cancelamento.

Note-se que desde a inscrição da concessão, o concessionário poderá fruir de forma plena do terreno para os fins estabelecidos no contrato e passará a responder por todos os encargos, civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

A concessão será resolvida antes de seu termo em caso do concessionário der ao terreno destinação diversa da estabelecida no contrato ou descumprir cláusula resolutória do ajuste, perdendo o direito sobre as benfeitorias que houver realizado no imóvel.

Essa concessão atribui o uso do bem público como um direito real, transmissível a terceiros, sendo necessário, para isso, especial Processo seletivo, com destaque o Estatuto das Licitações, em seu art. 23, § 3º²⁷, cf. TCU, Processo n. 275.320/92-8, vide a redação do mencionado artigo:

Art.23. (...)

§ 3º - A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

Por outro lado a concessão administrativa de uso, também denominada concessão comum de uso, somente confere um direito pessoal ao concessionário, e que por consequência é intransferível a terceiros. Desse modo, o procedimento para esse tipo de concessão exige, portanto, uma menor rigidez em sua contratação.

O doutrinador Renato Geraldo Mendes²⁸ define que, em sua obra Lei de licitação e contratos anotada, a Concessão de Uso seria:

(...) o negócio jurídico por meio do qual o Poder Público concede a um particular a utilização de bem público em caráter de exclusividade, por determinado prazo. Em razão da concessão, caberá ao particular respeitar a destinação do bem e explorá-lo por sua conta e risco e, ainda, pagar ao Poder Público um valor pela utilização do bem concedido. A concessão de uso para ser realizada dependerá, como regra, de licitação.

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.666 (1993). Promulgada em 21 DE JUNHO DE 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

²⁸ MENDES, R. G. Lei De Licitações E Contratos Anotada. 9ª. ed. Curitiba: Zênite, 2013.

De tal modo, pode-se concluir que, ante a maior flexibilidade atribuída ao Administrador nesta última modalidade, os institutos da concessão administrativa de uso e a Concessão de direito real de uso são distintos.

Nesse sentido, temos a jurisprudência, proclamando que concessão administrativa de uso como um contrato tipicamente administrativo.

II.8) Cessão De Uso

A doutrina conceitua cessão de uso com a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão público para outro, como fito de que o cessionário utilize o bem segundo sua destinação normal, por tempo certo ou indeterminado. Sendo, dessa forma, um ato de cooperação entre as repartições públicas, fazendo com que aquela que possui um bem desnecessário aos seus serviços possa ceder o uso para outra que o está necessitando, de acordo com as condições estabelecidas no respectivo termo de cessão.

A cessão de uso se inclui entre as modalidades de utilização de bens públicos não aplicados ao serviço direto do cedente, portanto não se confundindo com quaisquer formas de alienação. Sendo apenas uma transferência de posse, da parte cedente para a cessionária, mas ficando sempre a Administração-proprietária, com o domínio do bem cedido, podendo retomar o bem a qualquer tempo, ou após o término do prazo estabelecido de cessão.

É um instituto próprio do direito administrativo semelhante ao comodato do direito Civil, como um empréstimo gratuito de coisas infungíveis. O contrato de Comodato tem previsão no Código Civil Brasileiro²⁹ em seus artigos 579 a 585 e é classificado como unilateral (pois apenas o comodatário assume obrigações), gratuito, pelo qual alguém (comodante) entrega a outrem (comodatário) coisa infungível, para ser usada temporariamente e depois restituída, possuindo caráter *intuitu personae*. Em decorrência da coisa ser infungível, gerando para o comodatário a obrigação de restituir a coisa certa.

Desse modo, se diferencia do mútuo, o qual trata-se de empréstimo de coisa fungível, consumível, no qual a restituição é de coisa do mesmo gênero e quantidade.

Frise-se que a cessão de uso entre órgãos da mesma entidade não necessita de uma autorização legislativa sendo feita através de simples termo e anotação

²⁹ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

cadastral, OIS é ato ordinário de administração que por meio do qual a Administração distribui seus bens em suas repartições, objetivando a melhor eficácia na execução de seus serviços. Todavia, quando a cessão de uso é destinada a outra entidade, se faz necessário a edição de uma lei autorizativa, a fim de legitimar a transferência de posse.

II.9) Antigo regime da Enfiteuse

a-Previsão do instituto da Enfiteuse no Código Civil de 1916³⁰.

Apesar do Código Civil de 2002³¹ não haver previsto o instituto da enfiteuse no rol dos direitos reais e ter proibido sua constituição, da mesma forma que a constituição de subenfiteuses, trouxe expressamente previsto a subsistência das enfiteuses que haviam sido constituídas sob a égide do antigo ordenamento jurídico. Além disso, note-se que tal instituto vem sendo pouco abordado pela doutrina pátria, sendo, portanto, de grande valia a abordagem do tema.

O nome do instituto sob análise é derivado do grego *emphyteusis*, que vem do verbo *emphyteusein* (plantar ou melhorar terreno inculto). Desse modo, designa o contrato por meio do qual o proprietário de terreno cede a outrem o direito de percepção de toda sua utilidade, de forma temporária ou perpetuamente, constituindo um encargo de realizar um pagamento de uma pensão ou foro anual.

Nota-se, pois, que a origem do instituto tem raízes nas concessões de terras, não apenas as públicas, que tinha por objetivo colonizar, mas também nas particulares.

O instituto da enfiteuse no Direito Romano consistia na cessão de um imóvel rural, geralmente determinado de forma perpetua, com o encargo de explorar e construir benfeitorias, da mesma forma estabelecia o direito do proprietário de receber um cânon anual.

Destaque-se que o instituto da enfiteuse ganhou relevante desenvolvimento no período da Idade Média, em decorrência do modelo feudal de produção rural, sendo nesse contexto que surgiu a teoria da divisão do domínio em direto, que continuava a pertencer ao proprietário e seus sucessores, e o domínio útil, do

³⁰ BRASIL. Código Civil (1916). Promulgada em 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

³¹ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

enfiteuta. Após o fim do sistema feudal, provocado de início pela Revolução Francesa, houve severo declínio do instituto da enfiteuse, havendo uma redução do uso de tal instituto no longo do tempo, ficando no ostracismo.

Em alguns países o Instituto foi preservado, tendo como objetivo a manutenção da titularidade de terras nas mãos do Estado, o qual realiza a concessão para a exploração agrícola, pecuária ou até mesmo para utilização urbana. Frise-se que com o advento do Código Civil de 2002³², as enfiteuses em terrenos de marinha não foram revogadas tendo em vista, o código haver feito uma ressalva expressa de que tais institutos sendo regulados por leis especiais.

b-Do Objeto Da Enfiteuse.

A doutrina classifica a enfiteuse com um direito real, transmissível por ato entre vivos ou por meio de disposição de última vontade, através do qual o proprietário atribuía perpetuamente a outrem o domínio útil da propriedade. Estabelecendo como contraprestação o pagamento pelo enfiteuta ao senhorio de um foro anual. Desse modo, a enfiteuse mostra-se como um direito perpétuo, ocorrendo por vezes o estabelecimento da concessão por tempo determinado, no entanto, não se enquadrava como enfiteuse, sendo na realidade um arrendamento.

O contrato de enfiteuse versava sobre terrenos não cultivados ou que destinavam-se à construção. Pois as áreas já cultivadas e/ou construídas só poderiam ser objeto de contrato de arrendamento.

Com relação ao pagamento de foro anual, o artigo 678 do antigo Código Civil de 1916³³ determinava o seguinte, vejamos:

Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui à outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.

Em decorrência de tratar-se de contrato versando a respeito de direito real era necessário obedecer a forma prescrita em lei, ou seja, através de escritura pública se o imóvel tivesse valor acima do limite legal, sob pena de nulidade, além disso, o contrato deveria ser registrado para que a enfiteuse fosse dotada do atributo da

³² BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³³ BRASIL. Código Civil (1916). Promulgada em 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

realidade. Dessa forma, enquanto o registro não fosse cancelado, a enfiteuse subsistia.

C- Da Alienação da Enfiteuse.

Levando em consideração que o Código Civil de 2002³⁴ veda ao enfiteuta cobrar laudêmio no ato de transmitir o bem aforado, somente se incidente sobre o valor das construções e plantações, é possível concluir que as enfiteuses ainda existentes podem ser objeto de alienação. Dessa forma, é permitido ao enfiteuta vender ou dar em hipoteca seu domínio útil, apenas devendo observar o direito de preferência do senhorio.

No intuito de garantir o direito de preferência do senhorio, o enfiteuta deverá notificá-lo a respeito da venda para que se manifeste no prazo de trinta dias, dizendo se deseja exercer o direito de preferência na alienação, em condições iguais ao ofertado ao outro comprador.

Vale ressaltar que, a alienação do domínio útil sem que haja a notificação do senhorio para o exercício do direito de preferência não contamina com o vício da nulidade, apenas torna anulável o negócio celebrado. Podendo o vício ser sanado caso o senhorio não exerça o direito de manifestação no prazo estabelecido pela lei, contado após o conhecimento do negócio.

Conforme disposto no art. 2.038, § 1º, I, do Código Civil³⁵, na hipótese de o senhorio não optar pela aquisição do domínio útil, ele terá direito a receber do alienante o laudêmio sobre o valor da terra sem a plantação ou construção, vide a redação do artigo:

Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

§ 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;

II - constituir subenfiteuse.

§ 2º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

³⁴ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁵ Id., 2017

Vale destacar que a enfiteuse é resgatável após o decurso de trinta anos, salvo estipulação diversa entre as partes, através do pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro. O resgate da enfiteuse deve constar no fôlio real por meio da averbação, conforme disposto no artigo 167, II, n. 2, da Lei de Registros Públicos, n.º 6.015³⁶.

d- Da Extinção Da Enfiteuse.

A extinção do direito real de enfiteuse se dá através da deterioração natural do prédio aforado, que ocorre com o comisso (nos casos em que o foreiro deixa de cumprir com o pagamento das pensões ou foros devidos, pelo prazo de três anos consecutivos) bem como pelo falecimento do enfiteuta sem que tenha deixado herdeiros, salvo existência de direito de credores.

Quando a enfiteuse é extinta, retorna propriedade em sua plenitude, sendo que o titular do domínio direto readquire o domínio útil, que era do enfiteuta. Desse modo, apesar de a enfiteuse não fazer mais parte do rol taxativo de direitos reais previstos pelo novo Código Civil, tal instituto ainda poderá perdurar por algum tempo, em virtude do fato de não ser incomum que os enfiteutas faleçam deixando herdeiros.

III) Quanto à disponibilidade, os bens se classificam como: c.1-indisponíveis, c.2-bens patrimoniais indisponíveis e c.3-bens patrimoniais disponíveis.

III.1) Os bens indisponíveis são assim classificados aqueles que não têm caráter tipicamente patrimonial, não podendo serem alienados, onerados ou desviados de suas finalidades, como os bens de uso comum ao povo.

III.2) Bens patrimoniais indisponíveis são os que possuem caráter patrimonial, ou seja, podendo ser avaliados pecuniariamente, contudo são indisponíveis, em decorrência de constituírem o aparelhamento do Estado, a exemplo os bens de uso especial.

III.3) Bens patrimoniais disponíveis são aqueles que possuem caráter patrimonial, sendo possíveis de alienação, desde que obedecidas as condições legais necessárias, como exemplo temos os bens dominicais em geral.

³⁶ BRASIL. Lei de Registros Públicos, n.º 6.015 (1973). Promulgada em 31 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Vale ressaltar que um bem público sem destinação específica, poderá tornar-se bem de uso especial, através do mecanismo da afetação.

Quando ocorre a afetação de um bem público, o bem passa a ser utilizado para um fim público determinado, seja diretamente pelo Estado, seja pelo uso de particulares em geral. A afetação poderá se dar de modo explícito, através de lei, ou de modo implícito, não especificado em lei. Os bens de uso comum e os bens de uso especial são bens afetados.

A desafetação, por sua vez, é a alteração da forma de destinação do bem, isto é, se deixa de utilizar o bem para que seja possível dar a ele outra finalidade. A desafetação deve ser feita mediante autorização legal, por meio de lei específica. Desafetar um bem possibilita à Administração pública alienar o bem, através de licitação, nas modalidades de Concorrência ou Leilão, ou seja, torna-se possível dispor do bem.

Os bens públicos são dotados de certos **atributos**, quais sejam:

- a) A característica da **Inalienabilidade** (os bens públicos não podem ser alienados. Contudo, esta característica é relativa, pois nada impede que os bens públicos sejam desafetados e tornem-se passíveis de alienação.
- b) Já a característica da **Imprescritibilidade** determina que os bens públicos não são passíveis de prescrição, ou seja, não são suscetíveis de usucapião;
- c) A **Impenhorabilidade**, pela qual, os bens públicos não estão sujeitos a serem utilizados para satisfação do credor na hipótese de não – cumprimento da obrigação por parte do Poder Público;
- d) Temos ainda a característica da **não – oneração**, isto é, os bens públicos não podem ser gravados com direito real de garantia em favor de terceiros.

Tais atributos visam garantir o princípio da continuidade de prestação dos serviços públicos, por atenderem necessidades coletivas fundamentais.

3.1 Bens públicos dominicais de interesse público

Importante ressaltarmos que existem alguns bens públicos que apesar de não terem uma utilização imediata, possuem uma função mediata e de significativa importância para a soberania do país e a segurança nacional, os exemplos em destaque sobre esse tipo de bem são as terras de fronteiras e os terrenos de marinha.

As faixas de fronteira existem desde o Brasil colônia, momento em que o País começou a se preocupar com a soberania do Estado. O espaço territorial de segurança nacional é o paralelo à linha de fronteira, que existe desde os tempos do império e mais recentemente a legislação que trata sobre o tema em nosso território é a Lei 6.634/1979³⁷.

A Constituição de 1988³⁸ afiançou a disposição legal já prevista mantendo o ideal de defesa territorial. Dessa forma, a Lei nº 6.634, de 1979, permanece como a referência jurídica no que tange a esse assunto.

A Faixa de Fronteira do território brasileiro possui extensão de 15.719 km e corresponde a 27% do território nacional. Existe cerca de 10 milhões de habitantes, que fazem parte de 11 estados do Brasil, fazendo fronteira com 10 países da América do Sul.

Em decorrência do reduzido número de ocupação do território na faixa de fronteira, essa área se tornou isolada, fazendo com que os governantes não investissem em políticas públicas para o desenvolvimento dessas áreas. Por consequência ocorreu o desenvolvimento das comunidades com cultura singular, influenciada pela cultura dos países de fronteira.

As terras de fronteira foram estabelecidas em decorrência da preocupação com a segurança nacional e à soberania do país, havendo a necessidade de estabelecer uma zona paralela linha de fronteira para proteção contra invasões estrangeiras. Porém ao longo dos anos não foi feito um acompanhamento com políticas voltadas a esse fim, acabando por não cumprir em certo nível a função a que se destina.

Na época da ditadura no Brasil, a Lei 6.634/1979³⁹ definiu que a faixa de fronteira seria de 150 Km de largura paralela às fronteiras, sendo fundamental para a segurança do país.

Atualmente a base territorial das políticas públicas direcionadas à faixa de fronteira, constitui três grandes arcos, que servem como área de planejamento e tendo sido determinados a partir da proposta de reestruturação do Programa de

³⁷ BRASIL. Lei n.º 6.634 (1979). Promulgada em 02 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6634.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

³⁸ BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁹ Id., 1979.

Desenvolvimento da Faixa de Fronteira, o qual tem por base a Política Nacional de Desenvolvimento Regional do Ministério da Integração⁴⁰.

A Região do Arco Norte é caracterizada pela ocupação, em sua maioria, de pardos e indígenas; na região do arco central existem uma população maior de brancos, pardos e negros, sobretudo nas áreas de antigos quilombos no Estado de Mato Grosso por ex.; já no arco sul, por sua vez, tem como população dominante os brancos descendentes de imigrantes europeus.

No Arco sul há uma diversificação que diferencia da Campanha Gaúcha da área dos Vales Coloniais, pela presença de negros na porção Centro-Leste da Campanha, sendo uma velha área ocupada por escravos ligados ao charque.

Desse modo, a hipótese levantada nessa pesquisa não abrange essa espécie de bem público dominical, tendo em vista excepcionarem a regra de não cumprimento de uma finalidade específica, pois cumprem uma função de fundamental importância à soberania e à segurança nacional. Portanto não sendo possível usucapir tais bens.

⁴⁰ PROPOSTA DE REESTRUTURAÇÃO DO PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA FAIXA DE FRONTEIRA

[<http://www.mi.gov.br/documents/10157/3773138/Introdu%C3%A7%C3%A3o+e+antecedentes.pdf/98476e45-c143-449b-b6c5-1f9287a90553> – acesso em 19 de Dezembro de 2017]

4. DIREITO DE POSSE E AS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

Para que possamos debater a respeito da possibilidade de usucapir um bem público dominical devemos entender o direito de posse na lei brasileira, bem como nos familiarizar com o tema da usucapião, conhecendo o conceito, as várias espécies e os requisitos.

4.1 Do direito de posse

A posse e a propriedade são institutos estudados no ramo do Direito Privado conhecido como Direito das Coisas. Para melhor entender a posse, se faz necessário compreender também a propriedade.

O Código Civil, no artigo 1.204⁴¹, preceitua ser a posse “o exercício de fato de um dos poderes inerentes à propriedade”, sendo os poderes inerentes à propriedade: o uso, o gozo e disposição do bem e direito de sequência.

De acordo com a leitura do no artigo 1.204 do CC., adquire-se a posse, a partir do momento em que se torna possível o exercício em nome próprio de um desses poderes inerentes à propriedade.

A posse pode ser classificada como originária quando se dá mediante ato unilateral do agente, desprovida de qualquer vínculo com antigos possuidores. Modernamente, no entanto, é muito reduzida tal possibilidade de aquisição, constituindo-se em maior número relativamente às coisas móveis, como por exemplo: posse sobre coisas sem dono ou sobre coisas abandonadas.

Por seu turno, ocorre a posse derivada quando existe vínculo com o possuidor anterior. Comumente, esse vínculo advém de ato ou negócio jurídico bilateral. Existe um inteiro relacionamento entre o domínio atual e o anterior, isto é, entre o sucessor e o antecessor, podemos citar como exemplo a compra e venda, o contrato de mútuo, a comistão, especificação etc.

É comum haver dúvida sobre a natureza jurídica da posse se seria um fato ou um direito, e se for um direito, é direito real ou pessoal, se dependeria ou não do ânimo de possuir.

⁴¹ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Existem diferentes teorias sobre a posse que objetivam explicar a natureza singular desse instituto, sendo as mais conhecidas em nosso ordenamento jurídico, as teorias de Savigny, Ihering e de Raymond Saleilles.

Importante frisar que, no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a doutrina majoritária, o Código Civil de 2002⁴² adota a teoria de Ihering, contudo, o faz de forma mitigada, mormente por conta da função social (da posse e da propriedade).

A posse também pode ser classificada como posse em direta e indireta conforme disposto no art. 1197 do Código Civil⁴³: “Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.”

Considerando que propriedade é um direito real, o qual atribui diversos poderes ao titular, que tem o poder de transferi-los separadamente ou em conjunto para outrem. Em casos que alcançam a totalidade, ocorre em realidade a transferência do próprio direito de propriedade, ocorrendo, por exemplo, em casos de compra e venda, quando todos os poderes são passados para o outro. No entanto, se somente o uso ou o gozo é transferido, ocorre o desmembramento da posse: o proprietário passa a deter a posse indireta, formando uma espécie de senhorio espiritualizado que não implica um poder físico, e o usuário exerce a posse direta.

Desse modo, a distinção entre posse direta, também chamada imediata ou derivada, e indireta ou mediata, se aplica nos casos em que os poderes inerentes à propriedade possuem distintas titularidades.

Tendo em vista que posse se caracteriza como a possibilidade de exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade, de uso, gozo, tais direitos podem se concentrar na esfera patrimonial de uma só pessoa ou se dividir em mais de uma titularidade, fato em que todos os envolvidos estarão exercendo posse, porém com poderes diversos e limitados.

O primeiro caso é o do proprietário que detém a coisa, preservando os poderes de uso, gozo e disponibilidade. Já o segundo ocorre na hipótese de o proprietário manter o direito à substância da coisa, enquanto outra pessoa dispõe do poder de uso ou gozo, por exemplo o locatário ou usufrutuário.

⁴² BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴³ Id., 2017.

Verifica-se que a dicotomia da posse tem início com um fato jurídico, especificamente com um contrato. Tal dualidade não existia no Direito Romano, da mesma forma no ordenamento pátrio anterior ao Código Beviláqua, seu surgimento se deu especialmente com o intuito de conferir proteção possessória a todos que detivessem algum tipo de poder inerente à propriedade.

Nos contratos de usufruto, a posse direta é a aquela exercida pelo usufrutuário, o qual detém o direito de uso e gozo da coisa, enquanto que a indireta é aquela exercida pelo nu-proprietário, que é dono, porém sem os poderes de utilização. Vale lembrar que, nos casos em que todos os poderes se reúnem na pessoa do proprietário, a posse se apresenta sem qualquer adjetivação, apesar de alguns juristas escolherem denominá-la de posse absoluta ou plena.

A título de exemplificação, temos a posse pignoratícia: na qual o credor detém a coisa dada em garantia exercendo, portanto, posse direta sobre a coisa, enquanto o devedor mantém o direito à substância da coisa exerce, desse modo, posse indireta. Outro exemplo é o contrato de comodato: onde fisicamente a coisa fica com o comodatário (posse direta), enquanto o comodante conserva o direito real de propriedade.

Outros exemplos temos, o arrendatário, testamentário, depositário, entre outros, que exercem posse direta. De acordo com a titularidade do direito correspondente, poderá o possuidor direto transferir sua posse a terceiro, assumindo a condição de possuidor indireto, em paralelo àquele que lhe transmitiu a posse. Este fato se dá, quando todos os poderes passam a outrem.

Nos casos em que o locatário, conforme disposição legal, subloca ou em casos que o usufrutuário aluga a coisa, eles deixam de serem possuidores diretos e passam a se tornarem possuidores indiretos. Entendimento diverso se mostraria sem fundamento, tendo em vista não haver a possibilidade de se atribuir ao sublocador ou ao usufrutuário-locador a posse direta, se ambos não detêm a posse em seu poder.

Vale lembrar que conforme disposto no art. 1.198 do CC/02⁴⁴, a posse direta é temporária, seja em razão de um direito real ou pessoal.

A relação jurídica entre o possuidor direto e o indireto tem natureza transitória, com o término da qual os poderes concentram-se unitariamente no titular da propriedade. As posses direta e indireta são simultâneas, portanto não se anulam;

⁴⁴ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

coexistindo, apesar de diversos os poderes. Porém os dois tipos de posse gozam de proteção possessória. A título de exemplo, na relação locatícia, tanto o locatário quanto o locador podem se valer dos interditos possessórios, tendo a possibilidade inclusive do locatário exercer tais direitos em face do próprio locador, contudo a recíproca não é verdadeira, ou seja, ao locador é possível apenas o ingresso da ação de despejo nas hipóteses previstas em lei.

No que tange à relação entre o possuidor direto e o indireto, o art. 1.197 do CC/02 refere-se tão somente à hipótese de o primeiro defender a sua posse contra o segundo, porém, em conformidade com interpretação sistemática, devemos reconhecer também ao possuidor indireto o direito de acionar o possuidor direto, não com o intuito de defender a sua posse, no entanto para retomar a coisa deixada em poder daquele.

Em contratos de comodato, o comodante tem o direito de ação de reintegração de posse, caso o comodatário se recuse à entrega do objeto, após o término do prazo contratual ou, sendo este por tempo indeterminado, transcorrido o prazo

Nesse diapasão, notamos que o estudo da posse é deveras complexo e para entendermos melhor tal instituto previsto no Livro III, Título I, do Código Civil de 2002, contudo os 29 artigos dispostos no código os quais não são suficientes para exaurir o estudo das questões atinentes ao instituto, se fazendo necessário recorrer à Constituição Federal, à legislação extravagante e até a estudos históricos e hermenêuticos para melhor compreensão desse instituto.

4.1.1 Conceito de posse

Para Maria Helena Diniz é direito real “como natural desdobramento do direito de propriedade”. Para alguns autores a posse é um direito de natureza especial, decorrente de um estado de fato. O doutrinador Flávio Tartuce⁴⁵ simplifica: trata-se de direito de natureza especial, *sui generis*.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁴⁶, apesar de também reconhecer que a conceituação da posse continua sendo tema altamente discutida e

⁴⁵ TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. [S.l.]: METODO, v. ÚNICO, 2011. p.715.

⁴⁶ GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010. p.15

controvertida, aponta um conceito derivado da teoria de Ihering, conforme trecho extraído de sua obra:

Para Ihering, cuja teoria o nosso direito positivo acolheu, posse é conduta de dono. Sempre que haja o exercício dos poderes de fato, inerentes à propriedade, existe posse, a não ser que alguma norma (como os arts. 1.198 e 1.208, p. Ex.) diga que esse exercício configura a detenção e não a posse.

O fato justificador do posicionamento do doutrinador é o fato de que, para muitos, o Código Civil brasileiro de 1916⁴⁷ adotou a teoria de Ihering (vide texto do art. 485) e o Código Civil de 2002⁴⁸ manteve o entendimento, com a reprodução do teor do referido artigo no art. 1.196, vide a redação desses artigos:

Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. (BRASIL, 1916)

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. (BRASIL, 1916)

Já na visão do doutrinador Flávio Tartuce⁴⁹, a adoção da teoria de Ihering é parcial, sendo possível também notar traços da teoria de Savigny, quando o código menciona o animus, como nos arts. 1.239 e 1.240 do Código Civil⁵⁰.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, **possua como sua**, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.(grifo *nosso*)

Art. 1.240. Aquele **que possuir, como sua**, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

(grifo *nosso*)

As teorias mais debatidas e mais comentadas nos livros de direito Civil são a de Savigny, Ihering, porém a teoria que mais se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro atual é a de Raymond Saleilles, em decorrência da função social da posse

⁴⁷ BRASIL. Código Civil (1916). Promulgada em 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁹ TARTUCE, F. **direito reais**. [S.l.]: forense, 2011, p.717.

⁵⁰ Id. 2017.

e da propriedade, presentes, por exemplo, no art. 1.228, § 1º, do Código Civil⁵¹, combinado com o art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal⁵², vejamos a redação desses dispositivos legais:

Art. 1.228 [...]

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas **finalidades econômicas e sociais** e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (*grifo nosso*)

Art. 5º [...]

XXIII a propriedade atenderá a **sua função social**.

(*grifo nosso*)

No enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de 2011, consta explicitamente o sentido da função social da posse da seguinte forma: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.”

Dessa forma, para conhecer melhor o instituto da posse se faz necessário estudar as teorias que sobre ela versam. Fazendo-se a ressalva que a abordagem será feita de forma sucinta e superficial, com o objetivo apenas de tornar mais compreensível o tema central do presente trabalho, qual seja, “Possibilidade De Usucapião De Bem Público Em Razão Da Função Social E Do Direito De Moradia Garantidos Pela Constituição Federal De 1988”.

4.1.2 DAS TEORIAS OBJETIVA E SUBJETIVA DA POSSE

Para Friedrich Carl von Savigny, discorrendo sobre a teoria subjetivista/subjetiva da posse, ela é ao mesmo tempo um fato e um direito. Sendo a posse considerada em si mesmo essa é um fato e, considerada em seus efeitos como por exemplo, interditos possessórios e usucapião, a posse manifesta a feição de um direito.

⁵¹ Id. 2017.

⁵² BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Por sua vez Rudolf von Ihering, autor da teoria objetiva da posse, considera a posse um direito, partindo da sua definição de direito como interesse juridicamente protegido.

A posição predominante entre os juristas pátrios é de que a posse é um direito, mas existe entre eles muitas divergências quanto a ser direito real ou direito pessoal.

Teoria Subjetiva: desenvolvida por Friedrich Carl von Savigny, o qual descreve posse como “o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intenção de outrem “. Portanto, essa teoria nos aponta a exigência de dois elementos para constituição de posse, quais sejam: elemento material da posse, como sendo o poder físico sobre a coisa, a detenção da coisa, definição de *Corpus*; e o elemento subjetivo da posse, como sendo o *animus domini*, ou seja a intenção de ter a coisa para si, intuito de exercer sobre ela o direito de propriedade.

Teoria Objetiva: defendida por Rudolf von Ihering, o qual entende que “ para que a posse seja constituída basta o *Corpus*”, dessa forma, nega, portanto, completamente a existência do elemento subjetivo da posse, ou seja, o *Animus* . Ele dá ênfase no estabelecimento de diferenças entre as noções de posse e propriedade para melhor compreensão sobre o instituto.

Para essa teoria, não existe distinção quando a posse e a propriedade estão reunidas na mesma pessoa. Essa corrente dispensa a intenção de ser dono, considerando apenas o elemento *corpus* da posse. A posse é poder de fato, já a propriedade é o poder de direito sobre a coisa.

Temos também a distinção de posse justa e injusta, por ser normalmente o proprietário aquele que transfere a outrem o seu poder de fato sobre a coisa, trata-se aí da Posse Justa. Quando ocorre a separação em consequência da subtração da coisa ser contra a vontade do possuidor, trata-se da Posse Injusta.

Nesse diapasão, para Ihering posse é um fato e não um direito por ser um exercício de fato dos poderes que se têm sobre a coisa, permitindo-se considerar como possuidores quem está com a coisa.

4.2 Distinção entre posse e detenção

Agora, se faz importante diferenciar a posse do instituto chamado detenção o qual também relaciona a pessoa com o bem. Ao passo que a posse reveste o

possuidor de determinados poderes limitados apenas no concernente à disposição do bem, a detenção por sua vez confere igualmente os poderes dados à posse, da mesma forma limitados à disposição, sobretudo, se configura, primordialmente, numa relação de subordinação e dependência ao proprietário do bem, ficando sob a responsabilidade do detentor conservar a coisa em seu poder e não possuí-la, conforme se extrai da análise do artigo 1.198 do Diploma Civil⁵³, desse modo, não é lícito o detentor intentar reaver o bem do possuidor indireto, como poderia fazer um possuidor direto, se este for aquele a quem é subordinado, no entanto, poderá o detentor exercer seu direito de sequência.

Podemos exemplificar com o caso prático do caseiro, que usa, goza de um sítio e tem o direito de reaver de terceiros que pretenderem invadir, tomar parte de terra, ou algo do gênero, como fito de proteger o bem do proprietário, tendo em vista o seu dever de cuidado para com o sítio.

Se forma uma relação de detenção quando uma outra pessoa exerce a posse, mas não em nome próprio. A posse será exercida por conta de outrem, devido a uma relação existente entre o real possuidor e o detentor.

Dessa maneira, podemos conceituar detenção como o exercício fático das faculdades de usar, gozar e reaver, pautado na subordinação e dependência do real proprietário ou possuidor, e limitado também ao poder de dispor e, sujeito a cessação dos seus efeitos mediante a vontade do subordinante.

Portanto, enquanto perdurar a relação de detenção, o detentor não exerce posse em seu nome, ou seja, não é possuidor aquele que, achando-se em reação de dependência para com outro, conserva poder em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções sua.

4.3 Das espécies de usucapião

A despeito da garantia fundamental ao direito de propriedade prevista no art. 5º, inciso XXII da CF⁵⁴, este não se mostra de forma absoluta. O conceito criado pelos romanos (*dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*) não prevalece em nosso ordenamento jurídico atual, tendo em vista que o direito de propriedade está diretamente relacionado à função social, conforme o

⁵³ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁴ BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

próprio art. 5^o, inciso XXIII, Constituição Federal, e nos princípios gerais da atividade econômica, através do art. 1700, incisos I e II de nossa Carta Magna, garantindo dessa forma, de acordo com o próprio caput do referido artigo, a “existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Em resumo, a propriedade privada apenas se justifica enquanto cumprir a função social, cumprindo às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, conforme reza o art. 182, § 2º da CF⁵⁵.

Tendo em vista o exposto, podemos entender que a usucapião nada mais é que uma forma originária de aquisição de bem móvel ou imóvel prevista em lei, que tem por objetivo fazer cumprir a função social da terra, em caso dos bens imóveis, por aqueles que, atendendo a determinados requisitos, garantem a estabilidade da propriedade.

Dessa forma, antes de começarmos a tratar do tema usucapião, devemos ter em mente que a ideia principal do instituto é a proteção da função social da propriedade.

Assim, usucapião é o direito que um cidadão adquire em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência do uso deste por um determinado lapso temporal. A lei define algumas espécies de usucapião sobre bens imóveis, quais sejam: extraordinária, ordinária, familiar e especial (rural e urbana).

Um antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, em recurso extraordinário originário de Santa Catarina, conceitua usucapião da seguinte maneira: “o usucapião é a aquisição do domínio pela posse ininterrupta e prolongada: são condições para que ele se verifique a continuidade e a tranquilidade”.

O jurista Clóvis Beviláqua, autor do Código Civil de 1916, não diverge desse entendimento, definindo o usucapião como sendo “a aquisição do domínio pela posse prolongada.

Em sua obra Clóvis Beviláqua⁵⁷ diz que o fundamento da usucapião é a posse unida ao tempo.

⁵⁵ Id. 2017.

⁵⁶ RE 6287/SC, RT 49/352.

⁵⁷ BEVILÁQUA C. **Direito das Coisas**, Ed. Forense, 1953. p. 170.

Dessa forma, para que esse direito seja reconhecido, é necessário que sejam atendidos determinados pré-requisitos previstos na lei, especificamente no Código Civil e na Constituição Brasileira, como o exercício da posse, por um determinado lapso temporal, a depender da espécie de usucapião, temos ainda a limitação do tamanho da área a ser usucapida, e a destinação que o possuidor dava ao imóvel.

O instituto da usucapião exige uma posse qualificada, ou seja, posse *ad usucapionem*, a qual configurada nos termos do Código Civil, como o exercício de fato, “pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (art. 1.196 do novo Código Civil, correspondente ao art. 485 do antigo Código).

O art. 1.208 do novo Código, em reprodução literal do art. 497 do antigo, possui a seguinte redação: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade.

A aquisição de propriedade pelo decurso do tempo visa, desse modo, premiar as pessoas que se utilizam de forma útil do bem, em detrimento daquele que não dava destinação econômica, já que uma propriedade não deve servir somente para especulação no mercado, mas sim, deve cumprir sua função social, conforme idealizado pelo legislador constituinte.

A partir do momento que alguém ingressa em um bem e ali dá destinação socioeconômica ao bem, essa pessoa, com base na função social da posse, vai exercer o uso da coisa conforme estabelecido pela CF, dessa forma, a usucapião também é um mecanismo para fomentar o exercício da propriedade.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁵⁸ leciona que, a propriedade, apesar de possuir a característica de ser perpetua, não pode conservar este caráter senão enquanto o proprietário demonstrar sua intenção de manter o domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída; considerando sua inação em relação a ocupação feita por outrem, como uma aparente e tácita renúncia ao seu direito.

Nesse diapasão, para que se tenha direito a esse tipo de aquisição de propriedade se faz necessária a observância de determinados requisitos que são divididos em: pessoais, reais e formais.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. 5. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257

No que tange ao requisito pessoal/subjetivo, é preciso observar quem figura no polo passivo e ativo da demanda, tendo em vista que há casos em que o prazo se suspende, interrompe ou nem começa a contar, como por exemplo no caso de incapaz, conforme previsto no Código Civil de 2002 e, por isso, a contagem do tempo será diferenciada para caso específico.

Destaque-se que a natureza jurídica da sentença de usucapião é meramente declaratória, portanto, tem efeito retroativo ao primeiro dia de posse. Porém, a sentença não é necessária para que a pessoa adquira a propriedade, basta o preenchimento dos requisitos legais que ocorre a aquisição originária da propriedade, servindo a sentença apenas para declarar tal fato. A sentença será importante, porque ela será o instrumento levado a registro, tratando-se de formalidade que deve ser observada na aquisição de propriedades imóveis.

Em conformidade com os requisitos reais é preciso saber quais bens podem ser usucapidos como, por exemplo, os bens fora do comércio não podem ser usucapidos, como regra geral, daí temos o exemplo mais controvertido do bem público. Desse modo, segundo os requisitos formais gerais da usucapião é necessário observar o tempo, a posse mansa e pacífica e o animus domini.

4.3.1 A usucapião antes do código civil de 1916

Anteriormente ao advento do Código Civil de 1916 não havia usucapião sem a boa-fé do possuidor, qualquer que fosse o tempo de sua posse. Antes do Código Civil de 1916, portanto, era necessária a existência da posse prolongada e da existência de boa-fé para o reconhecimento da aquisição originária da propriedade através da usucapião.

Somente após o advento do Código Civil de 1916, passou a existir a figura da usucapião extraordinária, prescindível de título e de boa-fé, conforme registro do Min. Carvalho Mourão, em acórdão em recurso também de Santa Catarina (Revista Justiça, vol.10, p. 312) “foi estatuído adquirir o domínio independentemente do título e boa-fé, que, em tal caso, se presumem, aqueles que, por trinta anos, sem interrupção, nem oposição, possuírem como seu um imóvel”.

Essa espécie de usucapião, denominada extraordinária, estava prevista no 2º artigo 550 do Código Civil, a qual exigia o exercício de posse pelo lapso temporal de 30 anos, vindo a ser reduzido para 20 anos pela Lei n. 2.437, de 1955.

Com o advento da redução do prazo a doutrina ficou dividida sobre aceitar como um avanço ou um ataque ao direito de propriedade, a grande maioria dos doutrinadores entenderam como um avanço, porém alguns enxergaram a diminuição do prazo para a ocorrência da usucapião extraordinária como um atentado ao direito de propriedade.

A usucapião, no entanto, em qualquer de suas espécies, não representa um ataque ao direito de propriedade, mas sim um homenagem à posse, pois, para ser possível a usucapião exige-se que o possuidor tenha exercido posse por longo período, exercendo-se esse direito contra quem, a pesar de deter um título de propriedade, haja abandonado o imóvel, deixando que outrem o ocupasse e lhe conferisse função social e econômica mais relevante.

No contexto da usucapião, o termo abandono possui conceito de suma importância para o instituto. Desse modo, não é suficiente para se configurar o abandono que o sujeito deixe de exercer continuamente a posse, já que esta, assim como a propriedade, é, em tese, perpétua, pois não se extingue pelo simples desuso com relação às coisas.

Dessa forma, para que se configure o abandono, faz-se necessário que haja um contexto volitivo de renúncia; a ausência prolongada e o desinteresse revelado pelo possuidor configuram circunstâncias indicativas de abandono por ausência de diligências de um interessado cauto.

Nesse diapasão, aquele que perde algo não abandona a coisa enquanto não abrir mão de sua procura. O conceito de coisa perdida não se confunde com o de coisa abandonada, possuem definições distintas. Tais apontamentos são de suma relevância quando nos empenhamos a estudar a figura da usucapião ordinária e extraordinária previstas no Código Civil.

A usucapião ordinária, no entanto, prescinde de maior atenção, pois a lei a define de maneira de fácil compreensão. Residindo divergência hermenêutica maior ao se tratar da prescrição aquisitiva na usucapião extraordinária.

4.3.2 Da usucapião extraordinária

A Usucapião Extraordinária está prevista no artigo 1.238 do Código Civil de 2002⁵⁹, tem como requisitos a posse ininterrupta de 15 (quinze) anos, exercida de forma mansa e pacífica com ânimo de dono, podendo ser reduzido para 10 (dez) anos nos casos em que o possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras e serviços de caráter produtivo.

Importante destacar, porém, que o fato de a lei dispensar a presença do requisito boa-fé e título para a caracterização da prescrição aquisitiva não significa desqualificá-la de figura oriunda da posse, e essencial, da posse originária, isso é, ainda resta a necessidade de que o bem da vida seja coisa abandonada ou sem dono.

Dessa forma, a posse é pré-requisito à pretensão usucapienda; boa-fé e título são características da posse, que contribuem para as benesses da usucapião ordinária e especial.

Outro aspecto relativo à posse, que exige a devida atenção quando examinado à luz do instituto prescritivo diz respeito aos seus meios de obtenção e exercício. O Código Civil Brasileiro disciplina em seus artigos 1.200 e 1.208: Art. 1200: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”. Art. 1208: “Não induzem a posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

Portanto a posse não pode ser eivada de vício, ou seja, não configura posse usucapienda a posse classificada como precária, clandestina, ou violenta.

Posse **violenta** é aquela exercida por meio de consecução do ato espoliativo, em que, mediante o emprego da força (coação física ou moral) praticado contra o possuidor ou contra quem possuir em nome dele, toma para si a posse de algo, sem a permissão do mesmo e contra a sua vontade.

Dessa forma, configura-se pela utilização de força física, ou seja, por meio da vis compulsiva.

Por sua vez, a posse **clandestina** é aquela cujo vício se manifesta através da ocultação do ato espoliativo, de forma que o possuidor não tenha conhecimento dele. Não é necessária a intenção do agente de esconder ou camuflar, pois o conceito

⁵⁹ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

é objetivo. Devendo haver possibilidade de a posse ser conhecida por aqueles contra os quais se pretende invocar a prescrição.

A posse **precária**, a seu turno, é aquela que decorre de uma relação de confiança, em que o indivíduo tem a obrigação de restituir a coisa, mas se recusa a fazê-lo. Portanto, esse tipo de posse resulta do abuso de confiança por parte daquele que, tendo se comprometido a devolver certo bem, nega-se a devolvê-lo ao legítimo proprietário.

Logo, denomina-se “equívoca” a posse que não oferece todas os requisitos exigidos para constituir uma posse útil. Em decorrência de ela não ser clara e incontestadamente contínua, pacífica e pública, sendo portanto equívoca. Desse modo, por dedução lógica, diz ser injusta a posse obtida por um desses meios.

Se faz mister destacar que não se confunde posse injusta com posse de má-fé. Posse ‘mansa e pacífica’ é exatamente o oposto de posse violenta. “Mansa” é aquela que obtida sem oposição do antigo possuidor, e “Pacífica” é aquela que se manteve sem a contestação deste.

Além disso, no entender do próprio artigo 1.208, sequer seria possível denominar-se posse o ato de detenção de coisa por meio de tolerância, força ou violência. A usucapião extraordinária eximiu o pretendente à aquisição originária de demonstrar boa-fé ou apresentar título, todavia, manteve a exigência de advir a pretensão de posse justa.

4.3.3 *Da usucapião ordinária*

A usucapião ordinária vem prevista no artigo 1.242 do Código Civil de 2002⁶⁰ e tem como requisitos a posse contínua, mansa e pacífica com duração de 10 (dez) anos, o justo título e a boa fé, podendo esse prazo ser reduzido pela metade em caso de o imóvel "ter sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante em cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico", conforme disposto no artigo 1.242, parágrafo único do CC.

Com o preenchimento das condições de tempo, continuidade e incontestabilidade, poderá o possuidor ingressar com uma ação requerendo ao juiz

⁶⁰ Id. 2017

que declare, por sentença, sua posse *ad usucapionem*, desse modo a sentença servirá como título para transcrição no registro de imóveis.

Na vigência do antigo Código Civil, os possuidores de boa-fé, dotados de justo título, poderiam usucapir um imóvel, no prazo de 10 anos entre os presentes e de 20 anos entre ausentes, desde que a posse preenchesse os requisitos da continuidade e não ser contestada, nos termos do art. 551 do referido Código, esclarecendo o parágrafo único desse artigo, considerando presentes os habitantes do mesmo município e como ausentes os que habitam municípios diversos.

Da mesma forma que ocorreu redução do prazo para a modalidade de usucapião extraordinária, o novo Código Civil, em seu art. 1.242, reduziu o prazo de 10 anos para a modalidade de usucapião ordinária.

O prazo da usucapião ordinária fora alterado no parágrafo único do art. 1.242 do novo Código Civil com possibilidade de redução para 5 anos, na hipótese de o possuidor ter adquirido o imóvel por justo título, de forma onerosa e o registro houver sido cancelado, contanto que tenha estabelecido moradia no imóvel ou nele tenha feito investimentos de interesse social ou econômico.

Desse modo, na modalidade ordinária com prazo reduzido de usucapião, os requisitos são a aquisição a título oneroso, com base no registro, posteriormente cancelado, somado à moradia ou investimentos de interesse social ou econômico. Essa norma objetiva à proteção do adquirente de boa-fé que, após ver registrado seu título, tem este cancelado em decorrência de falhas na escritura que não podem lhe ser atribuídas, apuradas após a transferência do domínio.

Importante frisar que não se exige tempo de posse exclusiva do requerente da usucapião, sendo possível somar a posse atual com a dos antecessores, tal fenômeno é denominado pelos romanos como *accessio possessionis*, conforme disposto no artigo 552 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 1.243 do novo Código Civil.

4.3.4 Da usucapião especial urbana

A dificuldade do acesso à terra tem sido fator determinante de desigualdades sociais. Nas cidades, os elevados valores atribuídos ao solo urbanizado acabam por determinarem a segregação social, por classe social de acordo com a renda, gerando um ônus aos que não detêm de capital financeiro para aquisição de sua parcela do

solo. Desse modo, obrigando a população menos favorecida a buscar alojamento fora das regiões urbanizadas, em situações precárias, desprovidas de saneamento básico e serviços públicos essenciais, que por derradeiro arcam com custo elevado em transporte para se locomoverem até seus empregos, perpetrando a situação de desigualdade.

As modalidades de usucapião especial, Urbana ou Rural, são as espécies de mais clara demonstração da aplicabilidade da função social da posse previsto na Constituição de 1988. Tendo em vista que os requisitos para aquisição da propriedade são: exercer posse mansa e pacífica; residir e/ou trabalhar no imóvel em regime familiar, pelo lapso temporal reduzido de 5 (cinco) anos.

A modalidade de usucapião especial, urbana ou rural, dispensam os requisitos de possuir justo título e boa-fé, bastando a posse com *animus domini*, de forma mansa e pacífica, assemelhando-se à modalidade extraordinária com o tempo de exercício de posse reduzido.

Note-se que essa espécie tem o nítido objetivo de promover o exercício do direito à moradia, homenageando aqueles que cumprem com a função social do bem em detrimento do proprietário que simplesmente abandona o bem e não dá a destinação adequada para o imóvel, ou seja, privilegiando o direito fundamental ao mínimo existencial, garantindo a moradia, em detrimento do exercício do direito de propriedade com o mero intuito de acúmulo de capital.

Ressalte-se que a legislação teve o cuidado de limitar os requisitos a fim de evitar que o instituto fosse deturpado, ou seja, que fosse utilizado na realidade para gerar enriquecimento sem causa aos invasores, portanto, limitou o tamanho da propriedade a ser usucapida, ou seja, de até 250 m², e a utilização específica para fins de moradia familiar, não podendo o usucapiente ser proprietário de outro imóvel no período aquisitivo.

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, inclui a usucapião especial de imóvel urbano entre os 18 institutos jurídicos e políticos que se alinham, paralelo aos planos de ordenação territorial e de desenvolvimento socioeconômico, do planejamento das regiões e aglomerações metropolitanas, do planejamento municipal, dos institutos tributários e financeiros e do estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança, como instrumentos de consecução da política urbana, previsto no art. 182 da Constituição Federal.

Desse modo, a usucapião especial de imóvel urbano é conduzida pelos objetivos nitidamente traçados na norma constitucional: deve servir ao desenvolvimento das funções sociais da cidade, ao bem-estar de seus habitantes e ao meio ambiente.

Essa modalidade de usucapião mostra nitidamente a evolução da perspectiva do direito de propriedade no ordenamento pátrio, prestigiando o cumprimento da função social.

5. DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL

Primeiramente se faz importante entendermos o sentido etimológico e o conceito de propriedade objetivando dar um alicerce mais sólido para introduzir esse tema tão complexo e inovador.

5.1 Sentido etimológico e conceito de propriedade

O sentido etimológico do termo propriedade para alguns estudiosos tem origem no vocábulo em latim “*proprietas*”, que deriva do termo “*proprius*”, cujo significado é o que pertence a uma pessoa. Dessa maneira, em sentido amplo, propriedade indicaria toda relação jurídica de apropriação de um bem corpóreo ou incorpóreo.

Outros doutrinadores defendem que o termo propriedade se origina de “*domare*”, que significa sujeitar ou dominar, respectivo à “*domus*” ou casa onde o senhor desta é conhecido por “*dominus*”. Observa-se que a propriedade é a relação fundamental do direito das coisas, abrangendo todas as categorias dos direitos reais sobre coisas alheias, sejam direitos reais limitados de gozo ou fruição, sejam os de garantia ou de aquisição.

Dessa forma, a propriedade consagra a plenitude do direito de senhores sobre uma coisa, dessa forma, todas as inúmeras faculdades que nela se distinguem manifestações da referida plenitude. Em decorrência de ser um direito real, seu exercício independe de prestação de quem quer que seja.

Ao titular do direito de propriedade é conferida a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha, conforme disposto no art. 1.228 do Código Civil Brasileiro de 2002⁶¹, vide a redação: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O reconhecimento da propriedade privada como direito do indivíduo une-se à função de proteção pessoal do titular. A propriedade garante a autonomia privada do ser humano, bem como o desenvolvimento de sua personalidade, tendo em vista que

⁶¹ BRASIL. Código Civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

os direitos reais possibilitam a realização pessoal do proprietário sobre a coisa, conforme ensinamentos dos doutrinadores C. Chaves e Rosenvald⁶².

O doutrinador Gustavo Tepedino⁶³ leciona que "a terra, urbana ou rural, é um dos elementos fundamentais da vida humana. Nela a vida se desenvolve, nela a vida se sustenta. A propriedade imóvel, desta forma, deve ser utilizada de acordo com a sua função social, assegurando a realização dos objetivos básicos da vida".

5.2 Direito fundamental à moradia

O direito à moradia demonstra a necessidade básica do ser humano, sendo requisito indispensável à uma vida plena.

Tal direito encontra-se consagrado em nossa Constituição Federal, no artigo 6º, *caput*, sendo inserido no Texto Maior por força da Emenda Constitucional de nº 26, de 14 de fevereiro de 2000⁶⁴.

Apesar de ser inserido de forma explícita tardiamente, pois a Constituição é de 1988 e a emenda de 2000, o direito à moradia estava presente de forma implícita no texto maior.

A busca por moradia é desde os primórdios uma necessidade fundamental dos seres humanos, com destaque à população de baixa renda.

No Brasil, o problema da falta de moradia para inúmeros indivíduos está intimamente relacionado à uma formação social histórica, estando ligada, de maneira notória, ao fato da política interna que sempre fora direcionada aos interesses particulares da classe dominante, desamparando, assim, profundamente os menos favorecidos. Em decorrência disso, formam-se bairros deveras luxuosos e outros muito pobres, contudo, ambos semelhantemente habitados por seres humanos.

Os direitos de segunda geração foram elegidos como direitos fundamentais, na passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar social, também conhecido como *Welfare State*.

⁶² FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil. Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2009.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil – Constitucional. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2000. P.400.

⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Desse modo, durante o século XVIII, quando imperava o pensamento liberal-burguês, o qual teve como grande marco a Revolução Francesa, que expressava o ideal do Estado mínimo. Podendo o Estado apenas atuar na medida para garantir o exercício dos direitos individuais, de modo a proteger a população dos excessos praticados pelo Estado, contrapondo-se, dessa maneira, ao absolutismo estatal, que imperava e marcou uma Era de submissão do indivíduo ao monarca.

De igual modo, tivemos o impacto causado pela industrialização, gerando graves problemas sociais e econômicos acompanhando a Revolução Industrial, gerando inúmeros movimentos reivindicatórios por parte da classe operária, que gerou o reconhecimento progressivo de direitos.

Destarte, ocorreu o surgimento de um novo modelo de Estado, baseado no dualismo do bem-estar e desenvolvimento econômico.

Em decorrência do surgimento do Estado Social, o qual tinha como finalidade assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e real na vida em sociedade, dessa forma como garantia de condições mínimas para uma existência digna.

Por consequência desses acontecimentos ocorreu o surgimento dos direitos sociais, conhecidos também como direitos de segunda dimensão. Ocorreu a positivação no plano internacional e constitucional, ou seja, houve o reconhecimento expresso pela ordem jurídica positiva de um direito fundamental à moradia.

Apesar de ainda existirem milhares de indivíduos e famílias em toda parte do planeta e em todo o Brasil sobrevivendo em condições precárias, nas ruas, morando em locais desprovidos de saneamento básico ou vivendo em áreas de risco, é importante termos em mente que o direito à moradia é um direito básico protegido não só pela Constituição mas também por diversos Instrumentos Internacionais do qual o Brasil faz parte.

No âmbito Internacional, o direito à moradia foi inicialmente citado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, sendo que o Brasil tornou-se um de seus signatários.

Dessa forma, pode-se citar como exemplo o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que estabelece o seguinte: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. (grifo nosso)

Por meio desse dispositivo o direito à moradia passou a ser reconhecido expressamente em diversos tratados e documentos internacionais, a título de exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- Pidesc de 1966, em um de seus dispositivos, artigo 11, no qual os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada, comprometendo-se a tomar medidas adequadas para assegurar o exercício desse direito, vide redação *in verbis*:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta **e moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

Outrossim, vem previsto no artigo 3.º que: *“Os Estados partes do presente pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no presente pacto.”*

O P.I.D.E.S.C. é reconhecido como o principal diploma legal internacional que rege normas sobre o direito à moradia, ratificado pelo Brasil e por mais 138 países. Foi aprovado no Brasil, por meio de votação no Congresso Nacional através do Decreto Legislativo no 226, de 1991, e pela Presidência da República por meio do Decreto no 591, de 1992⁶⁵, servindo como reforço ao compromisso brasileiro para cumprimento do conteúdo proposto no pacto

O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (CESCR) monitora a conformidade dos países signatários com o Pacto, tendo estabelecido as diretrizes gerais sobre a forma e o conteúdo dos relatórios a serem encaminhados ao Comitê (E/C. 12/1991/1).

O Brasil também ratificou as Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965)⁶⁶, Os Direitos das Crianças (1989)⁶⁷, a

⁶⁵ BRASIL. Decreto Lei n. 591 (1992). Promulgado em 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017

⁶⁶ BRASIL. Decreto Legislativo n.º 23 (1967). Promulgada em 21 de junho de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁶⁷ BRASIL. Decreto Legislativo n.º 99.710 (1990). Promulgada em 21 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comi-e->

Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)⁶⁸, e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951)⁶⁹.

Todos esses diplomas legais reafirmam a censura de qualquer tipo de discriminação – de gênero, raça, idade e nível socioeconômico – relativo ao direito à moradia adequada. Vale lembrar que as convenções e os pactos internacionais ratificados pelo Brasil têm força de lei e, dessa forma, criam a obrigação ao Estado Brasileiro em fazer garantir a todos os cidadãos os direitos ali previstos.

Ainda se faz importante frisar que, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados Partes.

Conforme ensinamentos do doutrinador Thomas Buergenthal⁷⁰, exemplificando tal diferença. Senão vejamos:

Ao ratificar o Pacto, os Estados não se comprometem a atribuir efeitos imediatos aos direitos especificados no Pacto. Ao revés, os Estados se obrigam meramente a adotar medidas, até o máximo dos recursos disponíveis, a fim de alcançarem progressivamente a plena realização desses direitos.

Todos esses diplomas reafirmaram a condenação de qualquer tipo de discriminação, seja de baseada em gênero, raça, idade ou nível socioeconômico, relacionada ao direito de moradia adequada.

Ainda, no âmbito internacional, temos como diplomas legais que prescrevem o direito à moradia como um direito fundamental a ser respeitado por todos: a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992).

A Agenda 21, realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro em junho de 1992, adotada pela Conferência da ONU para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em seu capítulo 7, também destaca a importância do direito à moradia digna para o bem-estar dos indivíduos.

brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁶⁸ BRASIL. Decreto Legislativo n.º 4377 (2002). Promulgada em 13 de setembro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁶⁹ BRASIL. Decreto Legislativo n.º 50.215 (1961). Promulgada em 28 de janeiro de 1961. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁷⁰ BUERGENTHAL, T. derechos humanos internacionales. 2ª. ed. méxico: df gernika, 2002.

Já em 1996, fora realizada em Istambul a segunda Conferência da ONU a respeito de Assentamentos Humanos (2a Habitat), aprovando a Agenda Habitat, seguida pelo Brasil.

A Agenda Habitat tem como objetivos centrais a moradia apropriada para todos e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos num mundo em urbanização. O direito à moradia fora reiterado pela Declaração de Istambul na seção III, item 8, do documento, que reafirma o comprometimento da comunidade internacional com a progressiva busca pela garantia do direito à moradia digna.

A fim de lograr êxito nesse objetivo os Estados partes têm como meta tomar providências para garantir a segurança legal da posse, garantir o acesso à moradia digna sem qualquer forma de discriminação, reafirmando o direito à igualdade, devendo ser financeiramente acessível a todos.

No âmbito de nossa Constituição Vigente, apesar do direito à moradia haver sido inserido expressamente ao texto constitucional somente com a aprovação da Emenda nº 26 no ano 2000, no art. 6º, como direito fundamental social.

Todavia, até mesmo antes de ser previsto expressamente no artigo 6º⁷¹, o texto constitucional já fazia menção à moradia em outros dispositivos⁷², por exemplo ao dispor sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 24, inc. IX), também no artigo 7º, inciso IV, quando definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia.

Da mesma maneira, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional da usucapião especial urbana (art. 183) e rural (art. 191), ambas condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, indicam a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁷² Referência ao voto da relatora do Projeto de Emenda Constitucional, citado na pesquisa feita por SALTZ, Alexandre. O Novo Direito Social à Moradia na Constituição de 1988: Significado, Conteúdo, Eficácia e Efetividade, trabalho de conclusão (não publicado) da disciplina “Constituição e Direitos Fundamentais”, que integra a estrutura curricular do Mestrado em direito da PUC/RS, ministrada pelo autor do presente ensaio.

Importante termos em mente que, mesmo quando não havia a previsão expressa no art. 6º da Constituição de 1988⁷³, o direito à moradia era reconhecido como direito fundamental em decorrência do princípio da dignidade humana previsto como cláusula geral no art. 1º, inc. III, tendo em vista que tal princípio prevê, em sua dimensão positiva, a satisfação do mínimo existencial para uma vida digna.

Essa forma de interpretação dos direitos fundamentais pode inclusive ser fundamento para o reconhecimento de diversos direitos fundamentais não previstos expressamente, no entanto que possuem como objetivo a proteção à dignidade da pessoa humana.

Os tratados aceitos pelo Brasil têm força de lei e, dessa forma, instituem como obrigação, por parte do Brasil de cumprir esse direito para todos. Desse modo, existe a possibilidade de invocar diretamente os tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Estado brasileiro é signatário, não existindo a necessidade de edição de atos com força de lei, direcionados à outorga de vigência interna aos acordos internacionais, tendo em vista a regra de eficácia *“as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”* (§ 1.º, art. 5.º da CF).

Nesse diapasão, levando em conta que o direito à moradia é um direito social e ainda que esse direito deve ser visto, de acordo com a geração atual de direito humanos, na dimensão positiva, cabe, portanto, ao Estado efetivá-lo, fazendo com que se concretize, garantindo seu exercício através de políticas públicas de proteção deste direito.

5.3 Princípio da Função social da propriedade

Propriedade é considerado o direito mais sólido e amplo dentre todos os demais direitos subjetivos patrimoniais. Caracterizado como um direito real por excelência, gravitando ao seu redor o direito das coisas. Dessa forma é um direito complexo, consistindo em um conjunto de faculdades ao proprietário, quais sejam: de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. O direito à propriedade restará intacto, ainda que temporariamente o titular esteja distante dos poderes que lhe são inerentes.

⁷³ BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O Código Civil não define com precisão o conceito de propriedade, contudo, dispõe sobre o conteúdo desse direito, ditando as faculdades atribuídas ao titular desse direito, quais sejam: usar, gozar, dispor de seus bens e reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Dessa forma, devemos focar nessas faculdades para tentarmos estruturar um conceito de propriedade.

Se faz importante que saibamos o significado dos atributos acima listados, senão vejamos: (I) direito de usar: é o direito de fruir das utilidades da coisa, o proprietário tem a faculdade de colocar a coisa a seu serviço, sem modificação de sua substância, podendo o titular do direito servir-se da coisa, podendo também deixar o bem em poder de alguém que esteja sob suas ordens – servidor da posse; (II) direito de gozar: consiste no direito de explorar economicamente a coisa, extraindo os frutos e produtos; (III) direito de dispor: a doutrina define o direito de dispor como sendo a faculdade do proprietário de modificar a própria substância da coisa. Podendo a disposição ser material ou jurídica; (IV) por sua vez, o direito de reivindicar: conceitua-se como o sendo um elemento externo à coisa ou elemento jurídico da propriedade, pois representa a faculdade de afastar terceiros de realizar ingerência indevida sobre a coisa, dando ao proprietário a garantia de manter sua dominação sobre a coisa, dessa forma, realizando a atuação socioeconômica.

A evolução histórica dos institutos da propriedade e de sua função social vieram a fazer parte do texto das constituições de vários países. Observa-se esse fenômeno, por exemplo, na Constituição do México de 1917⁷⁴, sendo inserido em seu artigo 27 que “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]”.

Do mesmo modo, tem-se na Constituição da Alemanha de 1919 – Constituição de Weimar, na redação do artigo 153 que dizia “A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

Nas constituições brasileiras, temos a seguinte evolução histórica. Na constituição de 1824, trazia a concepção clássica do direito de propriedade, relacionada à noção de um direito abstrato de caráter perpetuo, usufruído

⁷⁴ MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (1917). Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

independentemente do exercício desse direito, inexistindo a possibilidade de perda pelo não-uso.

Essa matéria estava inserida no Título 8º - Das disposições gerais, e das garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros- da Constituição de 1824⁷⁵, que dispunha o que segue:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

Em nossas Constituições de outrora, previam a propriedade como direito inviolável, na esteira do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁷⁶, com a seguinte redação: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade publica legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de previa e justa indenização.”

Em nosso panorama nacional, somente na constituição Brasileira de 1967 passou a constar literalmente como princípio da ordem econômica a função social da propriedade.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, a função social foi novamente incluída como princípio de ordem econômica, havendo uma subclassificação em decorrência dos efeitos, quando se tratar de propriedade rural ou urbana, além do mais, foi inserida no capítulo concernente a direitos e garantias individuais. Se faz necessário realizar a leitura do artigo 5º em seu caput, e incisos XXII e XXIII, da constituição⁷⁷ vigente no Brasil, para melhor compreensão, vide a redação do artigo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a

⁷⁵ BRASIL. Constituição Política Do Imperio Do Brazil (1824). Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁷⁶ REINO DA FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Publicada em 26 de agosto de 1789. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017

⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos ter-se seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá sua função social;

Nota-se que a Constituição garante a todos, sem distinção, o direito de propriedade. Todavia, este direito só será exercido de forma legítima se for cumprida a sua função social.

Há possibilidade de interpretar o princípio da função social como prejudicial ao exercício da propriedade, no entanto, devemos compreender que esse princípio tem por objetivo, não diminuir os direitos do proprietário, mas sim de tornar possível o exercício pleno do direito de propriedade por todos, portanto, trata-se de um dever do titular de dar a destinação social ao bem. Desse modo a propriedade não deve atender somente aos interesses de um indivíduo, mas sim ao interesse da sociedade como um todo.

No que tange à ordem econômica, vide a redação do artigo 170 da Constituição⁷⁸ vigente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os **seguintes princípios**: [...]

II – propriedade privada;

III – **função social da propriedade**;

[..]

VI – defesa do meio ambiente;

(grifo nosso)

Conforme a redação do artigo acima, a propriedade e sua função social são relacionadas à esfera econômica, em decorrência da previsão constar no capítulo dirigido à atividade econômica, note-se que tanto a propriedade quanto a sua função social são tratadas como princípios gerais, compondo a base para o sistema. A função ambiental da sociedade também é considerada um princípio da ordem econômica, previsto no inciso VI.

Como advento da nova Ordem Constitucional a proteção ambiental tornou-se mais eficiente, visando o cumprimento da função social da propriedade rural também, não se pode permitir a degradação ambiental além dos limites necessários visando o

⁷⁸ Id. 1988

crescimento econômico nacional. Desse modo, as atividades agropecuárias devem seguir as normas de controle ambiental, visando a mínima degradação, com o intuito de permitir a exploração dos recursos ambientais com sustentabilidade.

Dessa maneira, o desenvolvimento sustentável limitado à função socioambiental da propriedade tem importância fundamental para o desenvolvimento econômico e financeiro do país.

Ainda com o objetivo de proteção ambiental, a legislação nacional prevê um conjunto de instrumentos para controlar a exploração da flora e fauna brasileira, temos como exemplo: Unidade de conservação, áreas de preservação permanente, reserva legal, áreas de inclinação média e proibição de corte de árvore ou de espécie florística. Sobre a função social da propriedade rural, a Constituição disserta no artigo 186⁷⁹:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações do trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No cenário urbano também incidem normas de proteção, a fim de se fazer cumprir a função social da propriedade, como podemos notar na previsão constitucional contida no artigo 182, em seu parágrafo segundo que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor.”.

Nosso ordenamento jurídico prevê punições aplicáveis ao mau uso da propriedade urbana, estabelecendo a aplicação de penalidades para as propriedades que estejam inclusas no plano diretor e que não sejam edificadas, não utilizadas, ou subutilizadas. Isto pois, a propriedade urbana não pode ser alvo de especulação imobiliária, deverá sempre respeitar o cumprimento da função social, caso contrário o titular do direito de propriedade poderá inclusive vir a perder seu direito.

Importante frisar a exigência imposta pela lei, conforme o mencionado artigo, que diz que todos os critérios devem ser cumpridos concomitantemente. Ficando subentendido que o não cumprimento de um dos critérios estabelecidos, a função social da propriedade não será exercida plenamente. O requisito número um possui aspecto econômico, já o segundo está relacionado ao meio ambiente.

⁷⁹ BRASIL. Constituição Federal. 13^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O terceiro e o quarto requisito, por sua vez, estão ligados ao aspecto da função social da terra. Nota-se que todos os requisitos são fundamentados em ramos jurídicos diferentes, no entanto, são de igual maneira necessários para que o interesse público seja protegido através da função socioambiental da propriedade.

O artigo 225 da Carta Magna⁸⁰, cuja redação traz a seguinte disposição: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, impõe o dever de proteção ao meio ambiente pelo Poder Público e pela coletividade, pois trata-se de um direito difuso Inter geracional, devendo ser protegido por todos a fim de garantir gozo pleno pelas futuras gerações.

Dessa forma, não podemos mais tratar o direito à propriedade como simples instituto do direito privado, tendo em vista a exigência constitucional do cumprimento da função social. Portanto, o ordenamento teve que moldar-se para se adequar à nova exigência constitucional, a qual visa resguardar um direito de todos, objetivando a proteção do meio ambiente e da função social da propriedade para garantir o exercício pleno do direito de moradia e da dignidade humana.

⁸⁰ Id. 1988.

6. DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS

Fazendo uma interpretação sistemática do texto constitucional notamos que a Constituição cria um certo tipo de paradoxo, isto pois, de um lado prevê a vedação de usucapião de bens públicos, dando uma proteção especial aos bens dessa natureza, por outro lado impõe uma limitação ao exercício do direito de propriedade, por meio da determinação do cumprimento da função social, dever este que os bens públicos também estão submetidos.

Da mesma sorte, o texto maior prevê o direito fundamental à moradia visando a garantia do mínimo existencial para proteção da dignidade humana. Tendo em vista que todas essas disposições possuem a mesma hierarquia constitucional se faz necessária a aplicação da técnica de ponderação dos princípios.

Importante lembrarmos, conforme exposto nos capítulos anteriores, que a função social é um princípio reconhecido pela Constituição, motivo pelo qual representa garantia direta e imediata ao indivíduo, servindo como proteção à dignidade da pessoa humana, devendo resguardar o direito à moradia, podendo desse modo, em tese, defender-se a possibilidade de usucapir um bem público que não esteja cumprindo sua função social.

Defender a possibilidade de usucapião de um bem público significa garantir o direito à moradia para inúmeros indivíduos no território nacional, os quais vivem à margem da sociedade pois nem mesmo o mínimo existencial lhe vem sendo garantido pelo Estado.

Além do mais, o não cumprimento da função social pela propriedade pública faz com que seja afastada a tutela Constitucional, por não cumprimento da função a que está destinada, de cumprimento do interesse público em geral.

A usucapião de bens públicos é um tema polêmico na doutrina contemporânea, muitos doutrinadores defendem a não possibilidade de usucapir bem público, em nenhuma hipótese, nem mesmo quando o poder público descumpre a função social da propriedade, permitindo que imóveis sem destinação pública, chamados de dominicais/dominiais, permaneçam em estado de degradação ao invés de proporcionar a oportunidade de famílias carentes poderem usucapir tal bem e fazer dele sua moradia.

Defendendo o não cabimento de usucapião de bens públicos, temos o doutrinador Flávio Tartuce⁸¹ em seu livro sobre Direito Reais, vide:

Ora, na presente obra foi mencionado que a Constituição Federal proíbe, expressamente, a usucapião de imóveis públicos, conforme os seus arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, proibições essas que atingem tanto os imóveis urbanos quanto os rurais. A proibição remonta à Súmula 340 do STF, anterior à própria Constituição e aplicável ao Código Civil de 1916, que vedava expressamente a usucapião de terras devolutas.

O Código Civil de 2002 acabou por reproduzir a regra, com sentido mais amplo, em seu art. 102, *in verbis*: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.” O sentido é mais amplo, pois além dos imóveis, a proibição também atinge os móveis.

De acordo com o entendimento do mencionado jurista, o fato de não haver previsão legal possibilitando a usucapião de bens públicos inviabiliza totalmente a aplicação de tal instituto, mesmo que o objetivo seja garantir o exercício do direito à moradia e dessa forma agregar função social a imóveis públicos que encontram-se sem destinação específica e muitas vezes gerando foco de doenças, por estarem abandonados.

Apensar de haverem julgados reconhecendo a flexibilização da imprescritibilidade dos bens públicos e favor do exercício do direito à moradia, a jurisprudência de nossos tribunais em sua maioria ainda é no sentido de preservar a característica da imprescritibilidade dos bens públicos, declarando a não incidência de prescrição aquisitiva quando se tratar de propriedade pública, impossibilitando a ocorrência da usucapião.

Vejamos alguns julgados com decisão conservadora entendendo pela não flexibilização da imprescritibilidade dos bens públicos, vide a ementa do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸²:

USUCAPIÃO. BENS IMÓVEIS. AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM PÚBLICO. Mostra-se **descabida a pretensão de usucapir bem público**, nos termos dos arts. 183, § 3º, e 191 parágrafo único, da Constituição Federal e Súmula nº 340 do STF. Precedentes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060201738, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 17/07/2014). (grifo nosso)

⁸¹ TARTUCE, F. direito civil, direito das coisas. 8ª. ed. rio de janeiro: forense, v. 4, 2016. P.211.

⁸² TJ-RS - AC: 70060201738 RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Data de Julgamento: 17/07/2014, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/07/2014.

Da mesma forma, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁸³, conforme ementa abaixo:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO VERBAL. **USUCAPIÃO. BEM PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Sendo pública a natureza do imóvel em litígio, não pode ser usucapido, conforme expressamente vedado pelo art. 183, § 3º da Constituição Federal, segundo o qual "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". 2. A prova da propriedade do imóvel se faz mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. 3. Recurso provido. (grifo nosso)

Ainda sob a ótica conservadora, temos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça-STJ⁸⁴, conforme ementa do julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA.TERRACAP. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃOOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. BENS PÚBLICOS PERTENCENTES ÀTERRACAP. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão das instâncias ordinárias, que entenderam não ser preciso maior dilação probatória, seria necessária a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nesta instância especial por força da Súmula nº 7/STJ. 3. A reforma da matéria de fundo demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 4. Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos e, portanto, insuscetíveis de aquisição por meio de usucapião. 5. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça⁸⁵ vem sendo inflexível no sentido de julgar improcedente o pedido de usucapião de bem público, mesmo se tratando de bem dominical que não exerce função social, conforme julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. SUPRIMENTO DE OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. USUCAPIÃO. FALTA DE CITAÇÃO. NULIDADE INSANÁVEL. **BEM PÚBLICO DOMINICAL. IMPOSSIBILIDADE DE SER USUCAPIÃO.** Doutrina e jurisprudência admitem, em situações excepcionais, como a da espécie, que seja conferido efeito infringente aos embargos declaratórios desde que o suprimento de omissão do "decisum"

⁸³ TJ-DF - APC: 20070910217486, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 06/05/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/05/2015 . Pág.: 182.

⁸⁴ STJ - AgRg no Ag: 977032 DF 2007/0260355-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

⁸⁵ STJ - EDcl no REsp: 55728 SP 1994/0031683-6, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 20/08/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.10.1998 p. 120.

embargado e a correção de erro material nele detectado levem, inevitavelmente, a conclusão distinta da que foi alcançada pelo julgado embargado. **"Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"** (Súmula nº 340/STF). Os efeitos da coisa julgada não atingem a quem não foi citado para responder a ação. A pessoa em nome de quem está registrado o imóvel usucapido deve ser citada para a ação de usucapião a ele referente, sob pena de nulidade insanável do processo. Embargos recebidos com modificação do julgado. Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)

Nota-se que os julgados contrários à possibilidade de usucapião de bem público são fundamentados unicamente na vedação constitucional da imprescritibilidade, não usam a técnica da ponderação de princípios, nem mesmo abordam a questão da função social da propriedade e o direito de moradia, que também são garantidos pela Constituição, inclusive em diversos dispositivos do texto constitucional.

Dessa forma, a tese conservadora não merece prosperar, devemos lembrar da função primeira do direito, qual seja, reger a sociedade, propondo soluções para os conflitos de forma a permitir a convivência harmônica em sociedade, ou seja, cabe ao Direito sempre evoluir, acompanhando o desenvolvimento social, bem como adequar a legislação às alterações ocorridas, atendendo sempre ao melhor interesse da sociedade, permitindo o desenvolvimento humano, permitindo a prevalência da dignidade da pessoa humana acima dos direitos puramente patrimoniais e econômicos.

Importante notarmos a evolução da tese em prol da função social da propriedade pois já existem julgados no sentido de reconhecer a usucapião de bens públicos, a título de exemplo temos o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁸⁶, vide a ementa:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM "ANIMUS DOMINI" - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - "A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a

⁸⁶ TJ-MG - AC: 10194100112383001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 08/05/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2014

prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição".

Um julgado polêmico, na cidade de Coronel Fabriciano em Minas Gerais, o juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, julgou improcedente o pedido do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), que pleiteava a reintegração de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, Km 280 da BR-381, onde residem aproximadamente dez famílias, formadas, em sua maioria, por servidores e ex-servidores do próprio DER-MG, instalados no local desde a construção da rodovia, há cerca de 30 anos.

Nesse julgado inclusive o parecer do Ministério Público foi favorável ao pedido de usucapião dos moradores, por meio de parecer do promotor de Justiça, Aníbal Tamaoki⁸⁷, curador do Patrimônio Público da Comarca de Coronel Fabriciano (onde está inserido o município de Antônio Dias), vide um trecho do parecer:

Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade.

Outro julgado nesse sentido temos o Acórdão da Apelação Cível Nº 70018233536 do TJRS⁸⁸, que decidiu favorável a aplicação da função social da propriedade e da posse reconhecendo a possibilidade de usucapir bem público que não esteja cumprindo a função social, afastando a vedação constitucional da imprescritibilidade de bens públicos, vide ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BEM IMÓVEL). BENS REGISTRADO EM NOME DO PODER PÚBLICO. VIABILIDADE NO caso CONCRETO, EM QUE NÃO MAIS SUBSISTE QUALQUER INTERESSE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DO IMÓVEL SOB O DOMÍNIO DO ESTADO.

Corroborando com o entendimento de que a tese da possibilidade de usucapião de bem público dominical deve prosperar temos os juristas Cristiano

⁸⁷ TJ-MG - AC: 194.10.011238-3 MG, Parecer do MP. TAMAOKI. A. Promotor de Justiça.

⁸⁸ Apelação Cível Nº 70018233536, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 15/02/2007.

Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸⁹, no livro sobre Direitos Reais, 2006, p.267, vide:

A nosso viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.

Porém a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente públicos, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembramos que, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.

Portanto, conforme abordado com brilhantismo pelos nobres autores supracitados, a possibilidade de usucapião de bem público dominical deve ser repensada de forma a ser permitida sua aplicação em nosso ordenamento. Visando, dessa forma, proporcionar a modificação do cenário atual em que muitos bens públicos ficam abandonados, sem que o poder público dê a eles uma destinação específica, não cumprindo com o mandamento constitucional de que toda propriedade deve cumprir sua função social, permitindo que famílias desabrigadas possam usucapí-los.

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁰, escreveu um artigo científico a tratando do tema **Função Social Da Propriedade Pública**, o qual ela inicia seu texto fazendo o seguinte questionamento, vide:

É possível falar em função social da propriedade pública?

A dúvida tem sua razão de ser. É que, estando o poder público vinculado a fins de interesse público, mais especificamente ao bem-comum – que é a própria finalidade que incumbe ao Estado garantir – não há dúvida de que todo o patrimônio público tem que ser utilizado com esse objetivo.vide.

⁸⁹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil. Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2006. p.267.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Função Social Da Propriedade Pública, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/> > acesso em: 17 de Outubro de 2016.

Se mostra um pouco óbvia a resposta ao questionamento, contudo, nosso sistema jurídico atual não está em consonância com esse raciocínio, prevê sim que o poder público deve seguir e buscar o interesse público como função primária, porém, não traz como penalidade a perda do bem público que não seguir a função social prevista para o exercício do direito de propriedade, como prevê para os bens privados.

A autora⁹¹ conclui seu texto dizendo o seguinte:

Pelo exposto se conclui que a ideia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública. Esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que pode e deve ser ampliada para melhor atender ao interesse público, em especial aos objetivos constitucionais voltados para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes.

Portanto, exigir que os bens públicos cumpram a função social não é uma violação ao patrimônio público, pelo contrário, é fazer valer a função primordial para o qual esse bem foi intitulado como público, ou seja, para perseguir o melhor interesse do povo.

Apesar de a tese conservadora que proíbe a usucapião de qualquer bem público ainda predominar como majoritária, já existem algumas decisões proferidas no sentido de flexibilizar a imprescritibilidade dos bens públicos em determinadas situações, vide o exemplo do julgado do STJ - Superior Tribunal de Justiça⁹², prevendo a possibilidade de usucapir bem de Sociedade de Economia Mista, que apenas de ter natureza jurídica de pessoa privada, contudo, envolve interesse público, vide a ementa do julgado: “USUCAPIÃO. Sociedade de Economia Mista. CEB. - O bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião. - Precedente. -Recurso conhecido e provido”.

Portanto, apesar do respeito que se deve ter com o entendimento de nosso tribunal superior, devemos concluir que a vedação ao reconhecimento da prescrição aquisitiva de propriedades públicas deve ser relativizada para que se possa concretizar o interesse público, é preciso que através da interpretação constitucional sistemática se dê uma solução justa para as demandas que buscam dar uma

⁹¹ Id. DI PIETRO.

⁹² STJ - REsp: 120702 DF 1997/0012491-6, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 28/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 468

destinação adequada aos bens públicos abandonados que não cumprem a função social da propriedade.

Nesse diapasão, a defesa dessa tese não se trata de aventura jurídica, mas sim, pautada em fundamentos constitucionais e com base principiologica, que já vem sendo discutida pelos tribunais e doutrinadores de nosso país como possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto ao longo do trabalho, podemos verificar uma evolução no conceito de propriedade, função social e direito à moradia, ao longo dos anos, evidenciando no cenário nacional e internacional uma valorização da pessoa humana e conseqüentemente dos direitos fundamentais, a fim de garantir o mínimo existencial, possibilitando o gozo de uma vida digna.

O direito à moradia faz parte do rol dos direitos de segunda geração, ou seja, aqueles que exigem prestação estatal para o seu exercício e não apenas abstenção do Ente público. Dessa forma, é dever do Estado garantir os meios para o exercício de tal direito.

O direito de propriedade é garantido em nossa Carta Magna, todavia o cumprimento da função social é um limite imposto ao exercício desse direito, a fim de evitar o arbitrarismo por parte do proprietário. Dessa forma, o particular assim como o Estado devem cumprir a função social a que se destinam os bens.

No âmbito internacional o direito à moradia passou a ser reconhecido expressamente em diversos tratados, a título de exemplo, o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- Pidesc de 1966, o qual dispõe que os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada, comprometendo-se a tomar medidas adequadas para assegurar o exercício desse direito.

Nosso ordenamento jurídico possui vedações expressas à possibilidade de usucapir bens públicos, conforme dispõe o artigo 191, parágrafo único e artigo 183, parágrafo 3º, ambos da Constituição Federal de 1988, artigo 102 do Código Civil de 2002 e ainda a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal. Tais disposições são utilizadas pelos autores que defendem a proibição do instituto.

Todavia, se mostra nítido que os autores conservadores, que defendem a impossibilidade de usucapir bens públicos, mesmo que sejam dominicais, baseiam-se somente na vedação legal sobre a característica da imprescritibilidade de tais bens, ignorando por completo toda a evolução conquistada ao longo dos séculos sobre o cumprimento da função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana

e o direito à moradia. Direitos esses que de igual forma encontram-se previstos expressamente em nossa Carta Magna.

Essa parte da doutrina entende que deve ser feita uma interpretação literal da lei a fim de garantir a proteção dos bens estatais, mesmo contra ingerências do administrador, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público.

Contudo, devemos compreender que em determinados casos, especiais, por assim dizer, como no caso das terras devolutas, bens pertencentes às sociedades de economia mista, bens formalmente públicos e dominicais, a doutrina moderna tem defendido a possibilidade e a jurisprudência tem declarado a usucapião de bem público, ressalvando que a regra não é absoluta. Além disso, apesar de não ser de interesse público a dissipação dos bens do patrimônio público, de outra sorte não se pode ignorar que a propriedade é direito fundamental, garantido constitucionalmente e que toda propriedade deve cumprir a sua função social.

A legitimação e o próprio fundamento do dever de dar função social à propriedade encontram-se no ideal de solidariedade social decorrente do dever atribuído a todos os membros que integram uma sociedade de atuar com consciência coletiva. Levando em conta que, num Estado Democrático de Direito, onde as demandas prestacionais que visam a efetivação de garantias são deveras crescentes, é primordial que todos tenham consciência coletiva e deem aos seus bens imóveis uma destinação que atenda sua função socioeconômica.

Nesse diapasão, deve ser feita uma interpretação sistemática das disposições legais e as decisões judiciais devem aplicar o princípio da função social da propriedade conjugado com o da proporcionalidade e razoabilidade conservando os ideais de justiça e equidade, vedando o excesso no exercício da propriedade por parte do poder público, velando assim pela aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana sobretudo e garantindo o mínimo existencial, possibilitando o exercício do direito à moradia.

Portanto, a tese conservadora não merece prosperar, devemos lembrar da função primeira do direito, qual seja, reger a sociedade, propondo soluções para os conflitos de forma a permitir a convivência harmônica em sociedade, ou seja, cabe ao Direito sempre evoluir, acompanhando o desenvolvimento social, bem como adequar a legislação às alterações ocorridas, atendendo sempre ao melhor interesse da

sociedade, permitindo o desenvolvimento humano, efetivando a dignidade da pessoa humana acima dos direitos puramente patrimoniais e econômicos.

Dessa forma, concluímos pela possibilidade de usucapião de bens públicos dominicais no direito brasileiro, apesar da vedação legal expressa na constituição e na lei civil, ressaltando os casos em que tais bens cumprem com função social de proteção à soberania e à segurança nacional, como as terras de fronteira. Devendo, portanto, serem avaliadas as particularidades de cada caso concreto, para que não ocorra uma banalização do instituto em desrespeito às normas que resguardam o interesse público.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA C. Direito das Coisas, Ed. Forense, 1953.
- BRASIL. Constituição Política Do Imperio Do Brazil (1824). Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição Política Do Imperio Do Brazil (1824). Carta de Lei de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017
- BRASIL. Código Civil (1916). Promulgada em 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.
- BRASIL. Decreto Lei n. 591 (1992). Promulgado em 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BRASIL.planalto,1934.Disponivelem:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.
- BRASIL. Vade Mecum. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- BRASIL. Medida Provisória nº 2.220. Brasília: senado federal, 2001.
- BRASIL. Lei de Registros Públicos, n.º 6.015 (1973). Promulgada em 31 de dezembro de 1973.Disponívelem:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> . Acesso em: 20 nov. 2017.
- BUERGENTHAL, T. derechos humanos internacionales. 2ª. ed. México: df gernika, 2002.
- BALBINO FILHO, Nicolau. Registro de Imóveis. São Paulo: Saraiva, 1999
- CIVIL, V. J. D. D. enunciado 492. Brasília: [s.n.], 2012.
- DE PLACIDO e SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense. 1999
- FRANÇA. Declaração Dos Direitos Do Homem E Do Cidadão (1789). Ratificado 26 de agosto de 1789. Disponível em:<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Função Social Da Propriedade Pública, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6,

abril/maio/junho, 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/> > acesso em: 17 de Outubro de 2016.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil. Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil. Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2009.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Direito Civil Parte Geral e LINDB. 11ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. São Paulo: Edusp. 1996

GONÇALVES, C. R. DIREITO CIVIL BRASILEIRO. 8ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, v. 1, 2010.

GOMES, Orlando. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 1969

MEIRELLES, H. L. direito administrativo brasileiro. são paulo: malheiros, 2009.

MENDES, R. G. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ANOTADA. 9ª. ed. CURTIBA: Zênite, 2013.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (1917). Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm> >. Acesso em: 20 nov. 2017

PIETRO, M. S. Z. D. direito administrativo. 18. ed. [S.l.]: atlas.

REINO DA FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Publicada em 26 de agosto de 1789. Disponível em:<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacaoconteudosdeapoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil -Reais. 12ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. 5, 2016.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1957.

STJ - REsp: 864449 RS 2006/0077387-4, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 15/12/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2010

STJ - REsp: 120702 DF 1997/0012491-6, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 28/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 468

TARTUCE, F. Manual de Direito Civil. [S.l.]: METODO, v. ÚNICO, 2011.

TARTUCE, F. direito civil, direito das coisas. 8ª. ed. rio de janeiro: forense, v. 4, 2016.

TARTUCE, F. direito reais. 8ª. ed. [S.l.]: forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil – Constitucional. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2000.

TJ-MG - AC: 10194100112383001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 08/05/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2014

TRF-5 - AC: 3410720134058500, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 26/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 03/07/2014