

USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Hugo Henrique do Nascimento Oliveira¹

Marcelo Henrique de Souza Torres²

RESUMO

Um dos assuntos de grande interesse de toda a sociedade é a propriedade. Os tribunais superiores nunca admitiram a possibilidade de ser permitida a usucapião de bens públicos, mesmo que preenchidos os requisitos pertinentes, mas esse assunto ainda é muito discutido pela doutrina que, em uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, revela que é possível perceber que não seria lícito e legítimo isentar o poder público da observância do princípio da função social da propriedade no que tange a administração de seus próprios bens, notadamente em um Estado Democrático de Direito. A finalidade deste trabalho é propor uma reflexão crítica sobre os argumentos encontrados nos tribunais e na doutrina para sustentar, ou não, a viabilidade da posse de Bens Públicos.

Palavras-chave: Propriedade, Usucapião, Bens públicos, Função Social.

ABSTRACT

One of the topics of great interest of the whole society is the property. The superior courts have never admitted the possibility of being allowed to adverse possession of public goods, even if requirements met. But this issue is still hotly debated by the doctrine that in a systematic and teleological interpretation of the Constitution reveals that you can see that it would not be lawful and legitimate exempt the government of the principle of social function of property with respect to administration their own assets, especially in a democratic state .. the purpose of this paper is to propose a critical reflection on the arguments found in the courts and doctrine to support, or not, the viability of the ownership of public assets.

Keywords: Property, Adverse possession, Public goods, Social Function.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 consagra a função social da propriedade como garantia fundamental, limitando assim a utilização da propriedade.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: hugo.jus@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: marcelohstorres@hotmail.com

Para ser o proprietário, o particular tem de respeitar a função social da propriedade devendo efetivamente, no plano prático, proporcionar uma utilização condizente com Direito e com a realidade social, sob pena de perder a propriedade pela prescrição aquisitiva ou desapropriação.

Diante do exposto, buscaremos analisar se o Estado, por ser democrático de direito, também deve respeitar o princípio da função social da sociedade, em obediência ao seu próprio ordenamento jurídico.

A Doutrina minoritária encabeçada por Celso Ribeiro Bastos, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, assinala distinção entre bens públicos, dividindo-os em bens material e formalmente públicos, classificando os primeiros como aqueles que têm uma destinação público-social específica e os últimos, como aqueles que, mesmo tendo esta destinação, podem estar a descumpri-la, e passariam a ser usucapíveis.

Assim, este trabalho pretende, através de uma análise sistêmica do Direito, identificar a possibilidade de o poder público se sujeitar ao princípio da função social da propriedade, de forma idêntica ao particular, havendo a possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos que descumpram a função público-social, sob pena de desproporcionalidade e descumprimento do referido princípio.

2 BENS PÚBLICOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1 Bens Públicos

Podendo ser materiais ou imateriais, os bens públicos são de propriedade de uma pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviços públicos, desde que o bem esteja afetado à prestação do serviço. São divididos em: bens públicos de uso especial; de uso comum e dominical.

Os bens públicos de uso especial é a categoria de bens utilizados pelo Estado para suas instalações. Na definição de Maria Sylvia Di Pietro, os bens de usos especiais são “todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins”. São exemplos de bens públicos de uso especial: prédios de hospitais; escolas; prefeitura; etc.

Já os bens públicos de uso comum, são bens que podem ser utilizados por qualquer um do povo, a título gratuito ou oneroso. Para Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica, “Direito Administrativo Brasileiro”, o bem de uso comum pode ser classificado como “todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição”. Em casos excepcionais (ex.: imperativo de segurança nacional) o poder público pode restringir o uso do bem. São exemplos de bens de uso comum, as praças, praias, ruas, estradas, zoológicos, etc.

Por outro lado, os bens públicos dominicais são os que não estão destinados ao uso comum, nem ao uso especial. São aqueles em que o poder público detém como qualquer particular podendo ser considerados bens do domínio privado do poder público. Também conhecidos como dominiais, podem ser convertidos por lei, em bens de uso especial a partir do fenômeno da afetação, sendo que o inverso também é possível, desde que haja desafetação do bem de uso especial.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, são “os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terra em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que do mesmo modo, lhe assistam em conta do direito pessoal”.

No entendimento de alguns doutrinadores, seriam prescritíveis e conseqüentemente passíveis de aquisição por usucapião, em respeito ao princípio da função social da propriedade.

2.2 O princípio da função social da propriedade

Os bens públicos, por comando constitucional expresso no art. 183 da Carta Magna de 1988 e, no mesmo sentido a Súmula 340 do STF, não são passíveis de aquisição por meio de usucapião, razão pela qual se faz necessário observar que esta vedação quanto a forma de aquisição por parte de particulares não dispensa os imóveis da União, Estados e Municípios de passarem pelo crivo do princípio da função social da propriedade, igualmente previsto em sede constitucional.

Dentre as Constituições brasileiras, a idéia de função social da propriedade já estava inserida na Constituição de 1946, com o intuito de promover a modalidade de desapropriação por interesse social. Apesar disso, esse princípio somente veio a aparecer expressamente na Carta de 1967 (art. 160, III).

Prima facie, cabe ressaltar que na Constituição de 1967, visou-se retirar da concepção de propriedade, seu caráter exclusivamente egoístico, advindo do Direito Romano, que pregava a propriedade como absoluta, sendo direito de usar, gozar e dispor de qualquer maneira, sem levar em conta um fim social (visava-se somente o interesse do particular).

Oportuno salientar que durante a vigência da CF/67, o princípio da função social da propriedade foi aplicado estritamente à desapropriação para reforma agrária, conforme constava em seu art. 161.

Farias e Rosenvald (2006, p. 227 e seguintes) discorrem amplamente sobre o princípio da função social da propriedade em sua obra, explanando desde os aspectos históricos do princípio, até sua consagração pela atual Carta Magna.

Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXII, há a garantia do direito de propriedade, sendo que, o inciso XXIII do mesmo artigo, prescreve que a propriedade atenderá a Função Social.

Com relação ao inciso XXIV, a CF trata da desapropriação, determinando que “a Lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização, em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Desta feita, percebe-se que o constituinte originário de 1988, desejou inserir um novo conceito de propriedade, um elemento de transformação, que a coloque ao serviço do desenvolvimento social. A Constituição não retira do dono seu direito sobre a coisa, mas exige que o uso da propriedade seja condicionado ao bem-estar social.

Apesar da abordagem constitucional da propriedade, é um equívoco acreditar que o seu regramento foi subtraído pelo Direito Público. A propriedade ainda é formalmente privada, porém materialmente social. É privada na forma e estrutura, pois o domínio é exclusivo; mas é social na destinação e controle de legitimidade e merecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 235)

Farias e Rosenvald (2006) ressaltam que o abuso do direito de propriedade, ou seja, o descumprimento de sua função social é ato ilícito pelo qual o proprietário pratica um ato lícito na origem, já que é faculdade do domínio, mas ilícito no resultado, pois agride aos interesses da coletividade que interagem com o direito de propriedade.

Assim, a função social da propriedade não tem outro fim, senão o de dar sentido mais

amplo ao conceito econômico de propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens que satisfaçam as necessidades sociais, já que, ao proprietário é obrigatória a preservação da função social, sob pena de perda da propriedade pela intervenção do Estado (desapropriação) ou àquele que cumpriu uma Função Social na posse do bem em lugar do dono (usucapião).

2.3 Aplicação da função social da propriedade aos bens públicos

Partindo dessa premissa, resta aparente dúvida sobre a aplicação do aludido princípio aos bens públicos. Deve o princípio da função social da propriedade ser respeitado somente pelo particular, ou também pelo poder público?

A partir deste questionamento, arma-se a problemática do presente estudo ora discutido, em razão da possibilidade ou não de usucapião de bens públicos que não estejam afetados a uma destinação ou finalidade pública, situação em que, *apriori*, seria dificultosa a identificação do cumprimento de uma função social por parte do Estado.

A aparente dúvida é rechaçada no instante em que se recorda que ao Estado democrático de direito não é permitido se furtar do respeito às suas próprias normas, ademais, pela própria denominação do “bem público”, já se percebe que o “verdadeiro”, ou seja, aquele afetado à destinação pública está, necessariamente, em consonância ao princípio da função social da propriedade.

A problemática reside na prática em que vários bens ditos públicos, não possuem afetação. É justamente aí que jaz o descumprimento da função social da propriedade por parte do poder público, o que, para alguns, geraria a possibilidade de aquisição do bem por usucapião.

3 DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS FORMALMENTE PÚBLICOS

Para Fiuza (2006) etimologicamente, usucapião significa aquisição pelo uso, pois a palavra é originária do latim, *usucapio*, em que *usu* significa pelo uso, e *capio* quer dizer captura, tomada, ou aquisição.

Como a palavra originária do latim é do gênero feminino, admite-se em português o

emprego do termo “a usucapião”. Assim, a usucapião é tipo extraordinário de aquisição da propriedade, se fundando em posse prolongada, que transforma situação de fato em situação de Direito.

A usucapião é tratada em muitas legislações, mas notadamente na Constituição da República e no Código Civil, possuindo várias modalidades e requisitos formais e materiais e, deste modo, prescrevem os artigos 183, §3º; o parágrafo único do artigo 191 da Constituição da República e o artigo 102 do Código Civil respectivamente:

Art. 183. 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.
[...]

§3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, 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.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Percebe-se pela simples leitura da Lei que, tanto o legislador constituinte, quanto o ordinário, optaram por deixar absoluta a regra da imprescritibilidade dos bens públicos, não havendo qualquer ressalva no texto legal.

A jurisprudência também parece ter se consolidado no entendimento de que é incabível a usucapião aos bens públicos, conforme se depreende das ementas de decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

CIVIL - USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO - PROVA PERICIAL- BEM PÚBLICOPERTENCENTE AO ESTADO DE MINAS GERAIS - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO MANTIDA. Sendo o BEM objeto da pretensão integrante do patrimônio PÚBLICO, o pedido de declaração de USUCAPIÃO é juridicamente impossível. (TJMG - Número do processo: 1.0024.98.018620-9/001(1) - Relator: MAURÍCIO BARROS - Data do Julgamento: 08/07/2008 - Data da Publicação: 25/07/2008)

AÇÃO DE USUCAPIÃO - IMÓVEL DESAPROPRIADO PELO MUNICIPIO DE IPATINGA - IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR BEM

PÚBLICO - A POSSE EM BENS PÚBLICOS NÃO GERA USUCAPIÃO - APELAÇÃO DESPROVIDA - SENTENÇA CONFIRMADA. 1 - Segundo o § 3º do art. 183 da C.F. os imóveis públicos não serão adquiridos por USUCAPIÃO. 2 - A posse, mesmo anterior, à desapropriação, não gera USUCAPIÃO, após a desapropriação de BEM imóvel, que passa a ser um BEM PÚBLICO. 3 - Comprovado que o imóvel, objeto da ação hoje pertence ao MUNICIPIO DE IPATINGA, que o adquiriu por regular desapropriação, a ação é improcedente (Súmula 340 do STF). 4 – Apelação desprovida. 5 - Sentença confirmada. (TJMG - Número do processo: 1.0313.03.080316-4/001(1) - Relator: FERNANDO BRÁULIO - Data do Julgamento: 29/06/2006 - Data da Publicação: 20/09/2006)

USUCAPIÃO. BEM PÚBLICO. A IMPRESCRITIBILIDADE AQUISITIVA DE BENS PÚBLICOS É CONSAGRADA DE MODO ABSOLUTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSE ORIGINADA EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO É PRECÁRIA, AFASTADO O ELEMENTO SUBJETIVO DO 'ANIMUS DOMINI'. APELAÇÃO DESPROVIDA (TJ/RS, 17a Câmara Cível, Apelação Cível nº 70.007.723.349, Rel. Desa. Elaine Harzheim Macedo, julgado em 09/03/04)

Destoando da maioria da Jurisprudência, há uma decisão isolada do TJRS sobre o tema, em que ao menos o julgador parece ter levado em consideração que a finalidade pública deve estar presente na utilização dos Bens Públicos no caso concreto.

AÇÃO DE USUCAPIÃO. CONTESTAÇÃO PELO MUNICÍPIO. APONTAMENTO DE ÁREA UTILIZADA, EM TEMPOS ANTIGOS, COMO VIA DE TRÂNSITO, ATUALMENTE DESATIVADA. LOTEAMENTO CONSTITUÍDO SOBRE O LOCAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO EM NOME DO MUNICÍPIO. FINALIDADE PÚBLICA NÃO COMPROVADA. DOMÍNIO PÚBLICO INEXISTENTE. POSSE 'AD USUCAPIONEM' FARTAMENTE DEMONSTRADA. Inexistindo comprovação efetiva de que a via de trânsito integrou o domínio público, não há cogitar da aplicação do artigo 183, § 3º, da Carta Maior. Loteamento registrado sobre a área antigamente ocupada pela via, sem qualquer oposição da municipalidade. Ausência de registro em nome da pessoa jurídica de direito público. Inexistência de prova acerca da antiga destinação pública. Âmbito local indicado pela prova. Posse vintenária e 'animus domini' inequívocos. Ação procedente. Primeiro apelo provido. Segundo apelo e reexame necessário prejudicados. (Apelação e Reexame Necessário nº 70.002.094.753, 2a Câmara Especial Cível, Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, julgado em 23/04/02) (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também consolidaram seu entendimento no mesmo sentido, havendo inclusive súmula do STF (número 340) sobre a matéria: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

DIREITO CIVIL. IMÓVEIS PERTENCENTES À TERRACAP. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.

"Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos, sendo insuscetíveis de usucapião" (REsp 695.928/JOSÉ DELGADO) (STJ - AgRg no REsp 865999 / DF AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0150933-3 – Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) - T3 - TERCEIRA TURMA - julgamento em 03/12/2007 - DJ 14/12/2007 p. 404)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BEM PÚBLICO. IMÓVEL INSUSCETÍVEL DE USUCAPIÃO. ALEGAÇÃO REJEITADA. ESBULHO RECONHECIDO.

I - Tendo o Tribunal a quo reconhecido o esbulho praticado contra o imóvel do autor da ação de reintegração de posse, bem como rejeitado a alegação de usucapião, por se tratar de bem público, haveria de ter julgado totalmente procedente o pedido, não apenas parcialmente, como o fez. É evidente a contradição da sentença – a cujas conclusões remete o acórdão recorrido – porque em um trecho de sua fundamentação consta que o pedido deve ser julgado totalmente procedente e, do dispositivo, consta que se julga parcialmente procedente a ação.

II - Recurso especial provido. (STJ - REsp 953151 / SP RECURSO ESPECIAL 2007/0112842-7 - Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) - T1 – PRIMEIRA TURMA - julgamento em 11/09/2007 - DJ 08/10/2007 p. 239 REPDJ 22/11/2007 p. 205)

A maioria da Doutrina também ratifica o entendimento de que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, como salienta o constitucionalista Alexandre (2002), o civilista César Fiuza (2006) e o administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2007), dentre outros, também coadunam com o entendimento, conforme se depreende das citações abaixo, *in verbis*:

O domínio patrimonial está sujeito a regime administrativo especial, não se lhe aplicando as normas que regem a propriedade privada, a não ser supletivamente. Orienta-se o domínio patrimonial por quatro princípios basilares, a saber, a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não-oneração. A regra geral é que o Estado não pode alienar seus bens. Tal só ocorrerá excepcionalmente, na dependência de lei que autorize a transação. Pelo fato de serem inalienáveis, os bens públicos são também inadquiríveis, enquanto durar a inalienabilidade. Destarte, não serão afetados pela “prescrição aquisitiva” ou usucapião. (FIUZA, 2006, p. 769) (grifo nosso)

A imprescritibilidade significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, e isso independentemente da categoria a que pertençam. Houve, é bem verdade, inúmeros questionamentos a respeito dessa característica especial dos bens públicos. Contudo, o Direito brasileiro sempre dispensou aos bens públicos essa proteção, evitando que, por meio da usucapião, pudessem ser alienados como o são os bens privados, quando

o possuidor mantém a posse dos bens por determinado período.

Atualmente, a Constituição estabelece regra específica a respeito, dispondo, no art.183, § 3º, que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, norma, aliás, repetida no art. 191, relativa a imóveis públicos rurais. Desse modo, mesmo que o interessado tenha a posse de bem público pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica da usucapião. O novo Código Civil espancou qualquer dúvida que ainda pudesse haver quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza. Nele se dispõe expressamente que **“os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”** (art. 102). Como a lei não distinguiu, não caberá ao intérprete distinguir, de modo que a usucapião não poderá atingir nem os bens imóveis nem os bens móveis. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 977, grifo nosso)

Continuando sua explanação, Carvalho Filho (2007) reconhece que existe entendimento em contrário, “de que é vedada a usucapião apenas sobre bens materialmente públicos” e salienta sua discordância em relação a esse entendimento, apresentando dois fundamentos:

Dissentimos, **com essa venia**, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatada em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados (CARVALHO FILHO, 2007, p. 977)

Ora, com a devida vênia, no primeiro entendimento o autor se mostra demasiadamente legalista, desconsiderando a possibilidade de interpretação sistemática e teleológica da lei, em que se poderia analisar a norma civil e constitucional em consonância ao Princípio da Função Social da Propriedade. Aliás, é possível visualizar que a norma-princípio da função social da propriedade poderia se sobrepor à norma-regra da imprescritibilidade dos bens públicos, dependendo do caso concreto.

A intenção aqui não é de hierarquizar as normas constitucionais, pois como é sabido, não existe hierarquia entre elas. Contudo, no caso concreto entre conflito de normas constitucionais, o julgador deve ponderar pela norma mais adequada à concretude dos fatos e à lógica do ordenamento jurídico.

No que tange ao segundo fundamento, o autor parece estar embasado em uma visão que eleva o Estado à condição de superioridade absoluta, já que, conforme ressaltado pelo

doutrinador, o poder público não necessita demonstrar que seus bens atendem à função Social, estando presumidamente presente o princípio.

Tal entendimento em última análise parece destoar da condição de Estado Democrático de Direito, em que este está condicionado às suas próprias regras. Além disso, o autor prega a interpretação da lei com presunção *iure et iure*, em que não se admite prova em contrário.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins possuem entendimento contrário ao da doutrina majoritária, ressaltando a admissibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, notadamente das terras devolutas, bens desafetados por excelência, senão:

Os bens públicos são aqueles que pertencem ao domínio das pessoas jurídicas de direito público. No entanto, nem todos esses bens estão sujeitos a um regime também de direito público. Pertencem ao domínio público sem que, contudo, se sujeitem às regras jurídicas a que estão normalmente submetidos os bens públicos na plena acepção da palavra. Estes são públicos pela destinação e não somente pela titularidade. As terras devolutas constituem o maior contingente que compõe essa categoria de imóveis. Nada obstante serem públicas em razão da qualidade que detém a sua titularidade, não têm essa qualificação quando se leva em conta a destinação a que estão afetadas. As terras devolutas não estão vinculadas ao atingimento de um fim público. Permanecem como um estoque de terras ainda não transpassado aos particulares ou, tendo um dia estado em suas mãos, já tornaram à origem em razão do donatário ter caído em comisso. O fato é que estas terras são possuídas pelos Poderes Públicos à moda de um particular. Devem, portanto, estar sujeitas ao usucapião, não colhidas, pois, pela expressão “imóveis públicos” a que se refere o Texto comentado. Esta distinção entre os bens públicos e as terras devolutas já era defendida por autores de grande tomo do nosso direito público. A matéria, contudo, em face do advento da atual Constituição, parece ter-se desapegado das areias movediças dos debates doutrinários para ingressar na arena segura da positividade jurídica. Assim é que o art. 188 da Lei Maior faz referência no mesmo preceito às terras públicas e às terras devolutas, deixando certo que acolheu a distinção esposada cientificamente. Se as terras devolutas fossem públicas, não haveria necessidade da sua referência. Essa só se explica pelo fato de o Texto Constitucional ter perfilhado a tese segundo a qual só são públicos os imóveis quando sujeitos a um regime de direito público. Portanto, é forçoso reconhecer que, nada obstante um imóvel ser público por compor o domínio de uma pessoa de direito público, ele pode ser dominical do ponto de vista da sua destinação ou utilização. Esses são usucapíveis. (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 222-223, grifo nosso).

Da mesma maneira, em estudo específico sobre o tema, Fortini (2004) se mostra filiada à doutrina que admite a possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, conforme se verifica das passagens abaixo, *ipsis literis*:

Se a inércia e descompromisso do proprietário privado são devidamente punidos, quer, via oblíqua, com o reconhecimento de que novo é o titular do bem, configurada a hipótese de usucapião, quer com a aplicação das penas delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a administração pública possa negar a vocação dos bens que formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social. (FORTINI, 2004, p. 120)

[...] O critério formal, adotado pelo Código Civil, por outro lado, enobrece bens que, por estarem desvinculados do cumprimento de função social, não devem pertencer à categoria de bens públicos, mesmo que formem o patrimônio de pessoas jurídicas de direito público. (FORTINI, 2004, p. 121, grifo nosso)

3.1 O direito à concessão de uso especial para fins de moradia: Medida Provisória nº 2.220/2001

Mencionou-se anteriormente a existência da MP 2.220/2001, regulamentada pela Lei nº 11.481/07, que instituiu o direito à concessão de uso especial para fins de moradia aos indivíduos que possuem como seus, imóveis públicos situados no perímetro urbano. Os dispositivos dos diplomas sobreditos foram invocados para argumentar a respeito da interpretação do sentido da vedação constitucional à usucapião de bens públicos.

No entanto, ambos os diplomas mencionados contém disposições ainda mais relevantes para o tema central deste trabalho, no que diz respeito ao reconhecimento da posse de bens públicos: há referência legislativa expressa à posse de bens públicos, atribuindo-se como consequência jurídica o direito à aquisição da concessão de uso especial para fins de moradia.

O art. 1º da MP 2.220/01 refere-se expressamente à posse, *pro suo*, contínua, incontestada, por um prazo ininterrupto de cinco anos, sobre um imóvel público de até duzentos e cinquenta metros quadrados situado em área urbana, como requisito para a aquisição da concessão de uso especial para fins de moradia. Além disso, é disciplinada também a sucessão de posses em caso de morte do possuidor. Transcreva-se o referido artigo:

Art. 1º Aquele 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 sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou

rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

As mesmas referências à posse qualificada de imóveis públicos com área superior a duzentos e cinquenta metros quadrados são feitas no art. 2º da MP 2.220/01, que regulamenta a aquisição coletiva da concessão de uso especial para fins de moradia pela população de baixa renda.

3.2 A Lei nº 11.481/2007

A Lei nº 11.481/07, por sua vez, alterou a redação do §1º do art. 6º da Lei nº 9.636/98, que trata do cadastramento de imóveis da União, dispondo que “nas áreas urbanas, em imóveis possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia, onde não for possível individualizar as posses poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva”.

Novamente, há expressa referência à posse de imóveis públicos por particulares, sem qualquer alusão a alguma autorização prévia do Poder Público.

A supracitada lei também inseriu o art. 22-A¹ na Lei nº 9.636/98, disciplinando a concessão de uso especial para fins de moradia, novamente com expressa referência à posse de bens públicos por particulares, inclusive com a ressalva de que imóveis funcionais não poderão ser objeto da concessão³.

Note-se que em todos os casos referidos nos dispositivos mencionados acima, a posse

³ Art. 22-A. A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001.

§ 1º O direito de que trata o caput deste artigo não se aplica a imóveis funcionais.

§ 2º Os imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são considerados de interesse da defesa nacional para efeito do disposto no inciso III do caput do art. 5º da Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, sem prejuízo do estabelecido no § 1º deste artigo.

de bens públicos se dá sem autorização estatal. Não obstante, a ausência do permissivo atribuem-se consequências jurídicas à posse não autorizada de bens públicos.

Em outras palavras, estas consequências não são irrelevantes e implicam a outorga do direito à aquisição de um direito real – a concessão de uso especial para fins de moradia - sobre bens públicos, independentemente da aquiescência do poder público, facultando-se, inclusive, ao possuidor o recurso ao judiciário para obtenção de sentença declaratória que deverá ser averbada na matrícula do imóvel público.

Antecipando-se a uma possível crítica, é implausível sustentar que a referência legislativa à posse dos bens públicos é equivocada, e que na verdade o que se está a regulamentar é a ocupação ou detenção de tais bens.

Não há como se acusar um erro do legislador. Ao contrário, deve-se ater ao que foi positivado, em especial no caso concreto em que o texto legal é absolutamente coerente com toda a lógica do atual regime jurídico da posse.

4 CONCLUSÕES

A vedação à usucapião dos bens públicos é prevista no art. 102 do Código Civil e no art. 183, §3º da CR. Apesar do legislador ter optado por não excepcionar, tendo legislado sobre a imprescritibilidade do bem público de forma absoluta, parte da Doutrina acredita não ter sido a melhor opção, se levada em conta a lógica de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição da República e dos princípios relacionados à posse e propriedade.

A questão seria compatibilizar a regra constitucional do art. 183, §3º da CR com o art. 5º, XXIII da mesma Lei. É mister ressaltar que, na condição de princípio constitucional, tido como consectário do princípio considerado basilar da atual Lei maior, qual seja, da dignidade da pessoa humana, e diante da sua íntima vinculação com o direito fundamental de acesso à moradia, é possível defender a idéia de que entre a norma-princípio da função social e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, existe hierarquia axiológica, devendo *prima facie*, prevalecer a primeira..

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. Afinal, de acordo com a clássica teoria econômica, “da escassez dos bens”, estes realmente tendem à escassez cada vez maior, não sendo razoável o seu “desperdício” por qualquer um que seja.

Assim, o ideal seria “incomodar” o poder público com a possibilidade mesmo que potencial, de “perder” seus bens dominicais caso não lhes dê a devida destinação público-social, ou os “pseudo-uso” comum ou especial, quer dizer, aqueles desafetados na prática.

Desta feita, poderia o legislador ter optado por excepcionar os bens não afetados da vedação à prescritibilidade. Poderia de igual modo, em última análise, ter instituído prazo maior para a prescrição do bem público, seguindo a lógica da isonomia material do art. 188 do CPC que prevê prazos especiais à Fazenda Pública.

Não tendo atuado o legislador, ao menos os Tribunais e a maioria da Doutrina, poderiam apoiar a excepcionalidade nos casos concretos, inclusive interpretando as regras da imprescritibilidade dos Bens Públicos como normas *jûris tantum*, em que é admitida prova em contrário, mas, como visto, não é o que ocorre atualmente.

Do que se expôs, é possível concluir que, tendo em vista a atual regulamentação da temática da posse no direito brasileiro, não existe nenhum empecilho para o reconhecimento da posse não autorizada de bens públicos, dando ensejo à aplicação do regime jurídico dos efeitos da posse que permite ao possuidor tutelar sua posse contra o próprio poder público.

Não existe nenhuma incompatibilidade intrínseca entre os bens públicos e a posse, em especial no que concerne aos bens dominicais, alienáveis nos termos da lei e carentes de uma destinação específica. Mais que isso, não só há uma série de referências textuais legislativas expressas reconhecendo a posse não autorizada de bens públicos, como também há a previsão de uma espécie de usucapião do direito real de concessão de uso especial para fins de moradia.

REFERÊNCIAS

ALVES, João Luiz. Código Civil Anotado. Rio de Janeiro: Ed. F. Briguiet & Cia, 1917, 1ª ed., vol I.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 343p.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, v. I.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª edição revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2007.1056p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. 628p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. 716p.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9ª edição revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. 1083p.

FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. Revista de Direito Municipal nº 12, volume 5 de 2004. 113-122p

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. **A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos. Uma interpretação à luz da unidade constitucional**. JusNavigandi, Teresina, ano 12, n. 1691, 17 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10948>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2006. 654p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Curso Intensivo: Direito Civil**. Belo Horizonte: Praetorium– Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito, 2008. (Notas de aula).