XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA RIGO SANTIN

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Josiane Petry Faria; Thiago Allisson Cardoso De Jesus.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-659-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Direito Administrativo se encontra num constante processo de transformação. Não que este cenário seja novo, mas a velocidade das transformações, sim. Ao lado de consideráveis inovações legislativas, seja na ordem constitucional, seja na ordem infraconstitucional, se encontram diversas decisões dos tribunais superiores, como é o caso das repercussões gerais do STF. Ao gestor e respectivas instâncias de controle - interno e externo - a tarefa é enorme e requer considerável esforço para encontrar a decisão juridicamente correta.

É nesse diapasão que a doutrina se faz relevante, ao repensar permanentemente os grandes temas que afligem a Administração Pública e, neste XXIX Congresso do CONPEDI, não foi diferente. Temas cruciais estiveram em pauta: combate à corrupção e os programas de responsabilização administrativas locais, medidas provisórias municiais, regulação setorial pelas Agências Reguladoras, controle judicial das política públicas, objetivos do desenvolvimento sustentável, alterações da Lei de Improbidade Administrativa, empresas estatais, controle da Administração Pública e controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas e alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Trabalhos científicos teoricamente muito bem estruturados e exposições robustas marcaram o GT Direito Administrativo e Gestão Pública. É preciso dar máxima visibilidade às produções constantes nessa obra, pois também reproduzem o imenso esforço acadêmico dos diversos programas de pós~graduação em Direito de todo o Brasil. Que os trabalhos falem por si. Que a pesquisa alcance!

Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo- UPF

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin- UPF e UCS

FUNÇÃO SOCIAL VERSUS SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA (RE) ANÁLISE DA VEDAÇÃO À USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY VERSUS SUPREMACY OF PUBLIC ORDER: A (RE)ANALYSIS OF THE PROHIBITION OF ADVERSE POSSESSION OF PUBLIC LANDS AND BUILDINGS

Ulysses Corrêa de Castro
Celso Lucas Fernandes Oliveira

Resumo

Este artigo trata da possibilidade de usucapião sobre bens públicos, com o fito de assegurar sua função social, verificando se nosso ordenamento jurídico alberga a possibilidade da usucapião de bens públicos, mesmo que em situações especiais, ao que o principal empecilho seria a vedação legal expressa constitucional e da codificação civil, baseada nas especiais prerrogativas de que tais bens gozam, por se submeterem ao regime jurídico de Direito Público. Utilizando-se de investigações qualitativas, sendo iniciado pelo estudo bibliográfico, revisão sistemática, e método histórico, conclui-se que a usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, se aquilata para dar vazão à função social da propriedade desfuncionalizada, estando tal premissa constitucional acima de qualquer pretexto da Administração, já que não há que se dizer que algo presta-se ao interesse público apenas pela alcunha que sustenta, superando assim a dicotomia forma-conteúdo. Trata-se ainda das situações que podem ensejar a usucapião de bens imóveis públicos e uma sugestão para a solução do problema de ocupações irregulares de bens públicos, mediante evolução legislativa.

Palavras-chave: Função social, Usucapião, Bens públicos, Bens dominicais, Propriedade desfuncionalizada

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the possibility of adverse possession of public lands and buildings, with the aim of ensuring its social function, verifying our legal system harbors the possibility of adverse possession of public lands and buildings, even in special situations, to which the main obstacle would be the express legal prohibition constitutional and civil codification, based on the special prerogatives that such assets have, as they are subject to the legal regime of Public Law. Using qualitative investigations, starting with the bibliographic study, systematic review, and historical method, it is concluded that adverse possession, a form of original acquisition of the property, is calculated to give vent to the social function of the property without social function, with such a constitutional premise above any other justify of the Administration, since it is not necessary to say that something gives itself to the public interest only by the juridic name, thus overcoming the form-content dichotomy. It is also about the situations that can give rise to adverse possession of public lands and buildings and

a propose for the solution of the problem of irregular occupation of public lands and buildings, through the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social function of property, Adverse possession, Public lands and buildings, Property without social function

1. INTRODUÇÃO

Este artigo trata da possibilidade de usucapião de bens públicos, mas, por estes gozarem de prerrogativas especiais, decorrentes do regime jurídico de Direito Público, há vedação expressa quanto à sua usucapião, tanto no texto constitucional quanto no civilista. Porém, há propriedades que são apenas formalmente públicas (em oposição àquelas materialmente públicas), vez que desfuncionalizadas, não servindo ao interesse público, o que obstaculiza que sua função social aflore, independentemente do pretexto de que ostentam função social pelo mero fato de serem denominadas "bens públicos". Avançando além da literalidade do texto normativo, explorando as várias modalidades e situações dos bens públicos, há que se flexibilizar a vedação à usucapião em alguns casos concretos, já que por vezes o fato social posto leva ao seu estudo pela doutrina, afetando a jurisprudência e culminando em atualização legislativa. Mediante várias técnicas de interpretação o Poder Judiciário busca a satisfação da justiça no caso concreto, superando a literalidade do texto legal (muitas vezes ultrapassado) na construção do sentido normativo.

O artigo foi produzido utilizando-se de investigações qualitativas, sendo iniciado pelo estudo bibliográfico, revisão sistemática e método histórico. Inicialmente tratou-se da evolução histórica, conceito e características da propriedade, assim como da posse, a que se teceu comentários ainda sobre suas teorias e espécies além de seus atentados. Posteriormente foi analisada a função social da propriedade e sua evolução no ordenamento jurídico, além do instituto da usucapião e suas espécies e um breve escorço sobre bens públicos. Ao final foram abordados alguns princípios de direito relevantes ao artigo e tratada da técnica de ponderação de interesses jurídicos para que pudesse se concluir que a usucapião dá vazão à função social da propriedade desfuncionalizada, estando tal premissa constitucional acima de qualquer pretexto da Administração. Foi sugerida uma possível solução para o problema de ocupações irregulares de bens públicos, mediante evolução legislativa.

2. Temas preliminares à usucapião e a usucapião de bens públicos

2.1. Da propriedade

A sistematização científica do instituto jurídico da propriedade remonta ao Direito Romano, como aponta Fiuza (2015). O Código Civil, ao informar as faculdades de proprietário (chamados também de direitos exclusivos do dono), em seu artigo 1.228, seguiu a tradição romana, donde, segundo Gagliano (2019, p. 167), se separavam em *jus utendi*, *jus frendi*, *jus abutendi* ou *disponendi* e *jus reivindicativo* ou *rei vindicatio*, sendo todos eles oponíveis *erga omnes*. Para se definir propriedade, no entanto, na falta da definição legal, socorre-se à doutrina.

Gagliano (2019, p. 159) aponta que a propriedade é "entendida como o mais completo direito real, do qual se extraem ou se visualizam, por seus poderes, todos os demais direitos reais". Este autor infere que, segundo o inciso XXII, artigo 5º, CRFB/1988, "a propriedade é tratada e garantida como um **direito fundamental**" (2019, p. 160, grifos do autor).

Gagliano (2019, p. 167) informa que todos poderes ou faculdades do proprietário encontram seus limites na "principiologia dos direitos reais, notadamente a função social, dada a impossibilidade jurídica de se falar em direitos absolutos na contemporaneidade, inclusive da propriedade". Visto que a propriedade teve seu caráter absoluto há muito superada (principalmente pela função social da propriedade), há de se saber que ao dono também se imputam deveres, harmonizando assim com os direitos da coletividade.

2.2. Da posse

Instituto complexo e controvertido na doutrina, a posse merece destaque. Anteriormente tratou-se do instituto denominado "propriedade", o que foi necessário, haja vista que esta se desmembra em vários direitos e institutos, sendo a posse a principal exteriorização da propriedade (FARIAS E ROSENVALD, 2006). Qual seria a justificativa da posse? Continuam a nos iluminar Farias e Rosenvald (2006, p. 35): "A origem da posse é historicamente justificada no poder físico sobre as coisas e na necessidade do homem de se apropriar de bens". Gonçalves (2019) aponta que a origem da posse, assim como tudo a seu respeito, é controvertida. O autor informa, porém, que se admite amplamente que em Roma tenha se dado o desenvolvimento da posse. Fiuza (2015), ao citar Thomas Marky, nos informa que o conceito de posse precede em muito ao de propriedade; teria a doutrina romana se baseado nas obras dos pretores, ao longo dos anos, para o elaborar, sendo que a ideia de posse independente da propriedade no Direito Romano remete às Leis das XII Tábuas, 450 a.C.

Venosa (2017), ao dissertar sobre o Direito Romano, aduz que este só reconhecia a proteção possessória às coisas corpóreas, mas posteriormente se estendeu aos direitos reais limitados, como as servidões. O mesmo autor informa que durante a Idade Média a posse passou a ser reconhecida além das coisas apropriáveis, chegando às situações de estado, exemplificada pela "posse de estado de filho legítimo" (p. 48), e a posse de direitos pessoais, "proteção possessória a ocupantes de funções públicas ou cargos eclesiásticos" (p. 48).

Na Era Moderna, como apontou Gonçalves (2019), a discussão sobre posse se apoiou principalmente em duas correntes, a subjetiva ou clássica de Friedrich Karl von Savigny e a objetiva de Rudolf von Jhering, aluno de Savigny na Faculdade de Direito de Berlim.

Sobre a teoria subjetiva da posse, segundo Fiuza (2015), Savigny elaborou uma tese da posse baseada em dois elementos, um físico e objetivo, o *corpus*, e um subjetivo, o *animus domini* (chamado de elemento volitivo, por Farias e Rosenvald, 2006, ou seja, o aspecto psicológico, anímico). Savigny teve de partir de um pressuposto, o da detenção, para formular sua teoria. O jurista alemão creditava à detenção a possibilidade de alguém dispor fisicamente de uma coisa, logo a detenção seria o elemento físico, objetivo, o *corpus*. Apontam Farias e Rosenvald (2006) que, nesta teoria, nas situações em que se verifique a atuação de alguém materialmente sobre a coisa sem o *animus*, se daria a mera detenção. Para Fiuza (2015), por outro lado, para que a mera detenção alçasse o *status* de posse, seria necessário conjugar-se um outro elemento, subjetivo, o *animus domini*, que seria a vontade da pessoa de possuir uma coisa como sua, desejar ser o dono, mesmo sabendo que não o é.

De outro lado, encabeçando a corrente objetiva, segundo Fiuza (2015), estava Jhering, que criticou a importância dispensada por Savigny ao *animus domini*, repelindo a ideia de que o elemento mais importante da posse seria o subjetivo. Farias e Rosenvald (2006, p. 36) prelecionam que há uma "exacerbação do papel da autonomia da vontade pela incondicionada ligação da posse ao *animus domini*" na teoria de Savigny, fato do qual discordava Jhering. Portanto, para a corrente objetiva, o *corpus* tem a importância suprema, sendo o elemento exterior, mas com definição diferente da de Savigny. Segundo Jhering, *corpus* não aduzia poder físico sobre a coisa: "Substitui-se a noção do controle material pela ideia da posse como exercício da propriedade, pois só ela justifica a relação material entre a pessoa e a coisa, assim como a necessidade de sua tutela" (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 38).

Jhering trouxe grande avanço quanto à definição de posse como a aparência de domínio. "Tem a posse quem parece ser dono, por estar exercendo um ou alguns dos atributos da propriedade, isto é, o uso, a fruição, a disposição ou a reivindicação" (FIUZA, 2015, p. 633). Desta forma não seria necessário explorar a psique do aparente possuidor para determiná-lo como o sendo (descobrir se ele possuía a coisa como sua, com vontade de se assenhorar do bem), bastava a observação da esfera exterior, como agia em respeito à coisa. Daí dizer-se de a teoria ser objetiva, alude Fiuza (2015).

Apesar da teoria objetiva ser adotada majoritariamente no texto civilista, nos lembra Fiuza (2015), há de se considerar a importância da teoria subjetiva de Savigny quanto à aquisição originária da propriedade por meio da usucapião, onde se exige intenção de dono. A posse *ad usucapionem* subsistirá se houver *animus domini*, ou vontade de ser seu dono da coisa. Aqui, porém, verifica-se a genialidade de Jhering, já que sua teoria não exclui tal posição, o

animus também poderia configurar a intenção de ser dono de uma coisa, pois a posse prescinde de sua definição precisa.

No período moderno destacaram-se Savigny e Jhering quanto às teorias da posse, mas contemporaneamente (início do século XX) surgiu a teoria sociológica da posse, cujos expoentes são Perozzi, na Itália; Saleilles, na França; e Hernandez Gil, na Espanha (Gonçalves, 2019). Farias e Rosenvald (2006), citando Ana Rita Vieira Albuquerque, informam que a semântica da posse passou a ser compreendida nos tempos atuais por meio da permanência, produção econômica sustentável, da habitação. Desta maneira, a posse despertou para sua finalidade social, muito além de estar meramente a serviço do direito de propriedade, mas como exigência humana integradora.

Como quase todos os fatores no estudo da posse, também não há compasso doutrinário sobre sua natureza jurídica. A maioria da doutrina se divide entre os que consideram a natureza da posse como situação fática ou direito subjetivo. A posse, como situação fática é "caracterizada por se achar um bem submetido à vontade de uma pessoa (animus), agindo esta com aparência de dono em relação àquele (corpus). Dessa situação, surgiriam direitos e deveres para o possuidor. Estes direitos e deveres são efeitos da posse, situação de fato" (FIUZA, 2015, p. 635). Como direito subjetivo "posse é direito do titular sobre a coisa. Logicamente, esse direito nasce de um fato. Mas a posse difere dos outros direitos reais. Enquanto nestes o fato é apenas sua origem, desaparecendo com o nascimento do direito, na posse, o direito só existe enquanto existir o fato" (FIUZA, 2015, p. 635).

Apontemos a crítica de Fiuza (2015) ao se filiar à segunda corrente, pois, segundo o autor, a primeira corrente admitiria ideia excludente. Exclui-se da relação de posse a coletividade, e foca-se apenas no possuidor e em seus direitos. Toda relação de direitos reais só é possível porque existe a coletividade. Doutrinadores clássicos acreditavam que a relação de direito real se dava entre uma pessoa e uma coisa, mas não é possível imaginar que alguém seja proprietário ou possuidor de algo se não houver terceiros contra quem este puder opor seus direitos, estes são *erga omnes*.

Há agora que se tecer breves comentários sobre a aquisição da posse. A definição legal a respeito do momento da aquisição da posse se dá no artigo 1.204 do CC/2002: "Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade". A pessoa que poderá adquirir a posse é tratada no artigo 1.205 do mesmo diploma legal, podendo ser a própria pessoa que a pretende ou por seu representante ou ainda por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. Outra forma de constituir-se situação possessória é através da sucessão, podendo ser *inter vivos* ou *causa*

mortis. Neste último caso afere-se que, segundo o artigo 1.206 do Código Civil, será transferida a posse ao herdeiro ou legatário com os mesmos caracteres do possuidor sucedido, ou seja, se a posse era de má-fé do possuidor anterior, continuará de má-fé com o seu sucessor.

2.3. Função social da propriedade

A "função social" dos direitos subjetivos pode ser entendida como "a função que desempenham ao serem exercidos. Os direitos têm uma certa função, uma finalidade, que é, precipuamente, ser útil ao titular. Na medida do possível, o exercício dos direitos, quando for o caso, será também útil à coletividade" (FIUZA, 2015, p. 12).

Historicamente a propriedade romana era vista como absoluta, justificada por sua origem, mas quedou o direito ante à filosofia quando se voltou à concepção teleológica de Aristóteles, na qual a propriedade se justificaria por seus serviços, sua finalidade, sua função, apontam Farias e Rosenvald (2006) ao citar Eros Roberto Grau.

Passado o período romano, vislumbrou-se a função social da propriedade, quando se apresentou o jusnaturalismo, "legado da doutrina Cristã, inspirado em critérios de eqüidade e justiça supralegislativa, traduziu a função social da propriedade como necessidade de utilização dos bens enquanto instrumento de realização da justiça divina" (MORAES FILHO, 2006, p. 8).

Avançando na linha cronológica, Farias e Rosenvald (2006) apontam que, apesar do ideário da Revolução Francesa ter entoado "liberdade, igualdade e fraternidade", o Código Civil francês de 1804, negligenciou a solidariedade e igualdade substancial, já que na visão da burguesia a propriedade poderia ser utilizada de forma egoística. O liberalismo em muito foi uma evolução contra o retrógado absolutismo, mas no que tange à relação entre a sociedade e a propriedade, retrocedeu ao modelo romano, pois enalteceu o indivíduo possuidor e emudeceu a coletividade não-possuidora.

Seguindo-se ao período pós-moderno, houve o rompimento de paradigmas antigos devido à "profunda decepção, diante da constatação da fragilidade do ser humano" (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 254). Inúmeras guerras, inclusive duas guerras mundiais, forjaram o século XX. "As profundas incertezas vividas ao longo do conturbado século XX certamente refletiram no direito de propriedade. Os valores da liberdade individual e da igualdade formal não poderiam prosperar em cenários de extenso desequilíbrio econômico" (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 254). As constituições elaboradas após a segunda guerra mundial, apontam Farias e Rosenvald (2006), passaram a tutelar a dignidade da pessoa humana, observando o princípio da solidariedade, o que valorizou os direitos da personalidade e

submeteu as relações patrimoniais a estes princípios norteadores. “Os limites da atividade econômica e a função social dos direitos subjetivos passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos essenciais do ser humano” (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 255).

A função social pode ser vista como função e princípio, segundo Fiuza (2015). Em sua primeira faceta, função, como visto antes, trata do papel a ser cumprido por um direito subjetivo, sua finalidade precípua. Ainda segundo este autor, a função é sempre social, mesmo que se refira apenas à satisfação do dono, nos casos em que não é possível e razoável funcionalizar-se a propriedade para o bem-estar coletivo.

Baseado então no princípio da função social da propriedade, aponta Fiuza (2015), que o Poder Público (em seus diversos entes e mediante seus órgãos) tomará uma série de ações: impor IPTU progressivo ao proprietário de lote vago; desapropriar terras para fins de reforma agrária; multar quem atenta contra o sossego e a saúde auditiva ao ouvir som automotivo em volume muito alto. Ressalta ainda o mesmo autor que o princípio da função social da propriedade não legitima a violência (invasão de terras, furto, roubo, apropriação indébita), nem legitima magistrados a fazerem caridade, principalmente às custas alheias.

Alerta-nos Fiuza (2015), que o princípio não é apenas negativo, limitativo, mas também programático e, com base nele, pode-se, por exemplo, estimular os agricultores de certa região a desenvolverem determinada cultura, oferecendo-lhes crédito subsidiado, ou seja, não se está restringindo, mas estimulando, e o estímulo se legitima pelo princípio da função social.

A função social não se limita ao instituto da propriedade, mas atinge seus desmembramentos, como a posse. A posse é a visibilidade do domínio, a exteriorização da propriedade, e como tal deverá cumprir a rigor com todas as prerrogativas da propriedade, pois “a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo e se torna função social do detentor da coisa” (DA SILVA, 2016, p. 11). Segue a mesma autora retrocitada, ao informar que o que se vislumbra é “a funcionalização da posse em prol da sociedade, sem abdicar do indivíduo” (p. 9).

Outros autores também compartilham da visão de que a posse deve exprimir a função social, tanto quanto o instituto da propriedade: “Vale dizer, o exercício, pleno ou não, dos poderes inerentes à propriedade (usar, gozar ou fruir, dispor, reivindicar) somente justifica a tutela e a legitimidade da posse se observada a sua função social” (GAGLIANO, 2019, p. 90).

Venosa (2017) informa que cabe aos operadores de Direito ter bem claro que, ao debruçar-se sobre a posse e sua defesa e pelas ações possessórias, não se olvidar os princípios gerais norteadores da propriedade em nossa Constituição Federal, iniciando pela sua função

social. “Em princípio, não há que se proteger a posse, se a propriedade não cumpre sua função social” (VENOSA, 2017, p. 123). O enunciado nº 492 da V Jornada de Direito Civil determina que “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”.

Sobre a função social da propriedade, e consequentemente a função social da posse, passemos à doutrina de Fiuza (2015, p. 651): “Assim como a propriedade, também a posse cumpre uma importante função social. Normalmente, quando se fala em função social da propriedade, já se está falando em função social da posse, afinal esta é a aparência daquela”. Da Silva (2016, p. 23) traz sua breve definição de função social da posse: “Pode-se concluir do supracitado, que ela é o Encargo-utilidade, que diz respeito à sociedade, de retenção ou fruição de alguma coisa ou direito, com o objetivo de proteger a sociedade contra o arbítrio do particular”.

Quanto à evolução da função social dentro do ordenamento jurídico pátrio, inicialmente todas as terras eram da Coroa Portuguesa, que as cedia aos particulares como bem aprouvesse, no sistema de sesmarias. Há quem defenda, observa Silva (2012, p. 7), que já nas sesmarias havia a ideia embrionária de função social, pois, “[...] aos sesmeiros já eram impostas obrigações com o cultivo da terra, dando-lhe o caráter de aproveitamento econômico”. Em 1850 foi publicada a Lei nº 601, conhecida como Lei de Terras, que não representou avanço do ponto de vista social, dando guarida à crise fundiária que se acirrava, aponta Frota (2015).

A Constituição Política do Império do Brazil, de 1824, tem inspiração liberal e traz em seu artigo 179 o direito à propriedade, que perpassa todas as nossas Constituições: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”. O inciso XXII do mesmo artigo traz já o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, um dos fundamentos para as desapropriações.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, primeira constituição republicana, além do direito à propriedade e a possibilidade de desapropriação, trouxe outro ponto que transcendeu seu tempo, a proteção a direitos e garantias não expressos taxativamente em seu texto, nos artigos 72 e 78. Da Constituição de 1934, encontrou-se a semente do que hoje viria a ser a função social da propriedade (artigo 113, 17), apesar de não ter utilizado o termo *ipsis litteris*. Foi nesta Carta que primeiramente se fez menção expressa à usucapião (artigo 125) e a proteção à posse de terras aos silvícolas (artigo 129). A Constituição

de 1937 tem, no escopo de nosso tema, os mesmos pontos de interesse representados na Constituição de 1934, sendo seus artigos 122 (*caput* e item 14), 148 e 154 de maior destaque.

Passemos à *Lex Mater* de 1946. Igualmente à Constituição de 1934 manteve o direito à propriedade (artigo 141). Quanto ao gérmen da função social da propriedade houve alteração na letra do dispositivo equivalente (artigo 141, § 16). Não houve alteração na Constituição de 1946, quanto às suas predecessoras, no que tange à usucapião, porém a Emenda Constitucional nº 10 de 1964 trouxe alteração significativa, a ideia de módulo rural mínimo. Manteve-se a posse de terras de silvícolas: "Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 trouxe a expressão função social da propriedade grafada de forma literal em seu Título III – Da Ordem Econômica e Social, assim como alteração significativa no artigo que tratava da posse de terras silvícolas, em seu artigo 186.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, que a revogou e reescreveu completamente, apresentou novidades em seus artigos 171 e 172, ao tratar da legitimação da posse de terras públicas pelas pessoas que as tornassem produtivas, fato importante e paradigmático.

Finalmente chegamos à nossa Constituição Cidadã de 1988, marco histórico de avanço social nos direitos e garantias fundamentais. Logo em seu Preâmbulo a Carta Magna grava um dos destinos de nosso Estado Democrático, assegurar o exercício dos direitos sociais. O bem-estar não ficou sem guarida, sendo representado também em seu Preâmbulo. Dentre os objetivos fundamentais do artigo 3.º encontra-se o inciso III: "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Sem dúvidas a função social da propriedade, e da posse, são instrumentos poderosos na consecução de tão nobre objetivo. Não há, porém, artigo mais famoso de nossa Constituição que o artigo 5.º, uma verdadeira carta dos direitos e garantias fundamentais. Seu *caput* pouco se alterou quanto às Constituições anteriores, ainda citando o direito à propriedade.

O caput do artigo 6.º também inovou ao assegurar como direitos sociais, entre outros, o trabalho e a moradia. A função social da propriedade figura a favor de tais direitos, inclusive ao, por vezes, concatená-los. O artigo que abre o Título da Ordem Econômica e Financeira, alterou seu *caput* para conformar a existência digna, manteve a função social da propriedade (inciso III) e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII). Abriu-se novo Capítulo "Da Política Urbana" por ser palco de intensa discussão sobre os conflitos da posse e sua função social.

O Capítulo seguinte “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, nos é de suma importância, sem especial os artigos 184, 186, 188 e 191.

Nossa Lei Maior continuou a inovação e reservou Capítulo aos silvícolas, “Dos Índios”: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Um dispositivo de extrema importância prática se verifica no artigo 243, *caput* e parágrafo único, que trata da expropriação de propriedades rurais em que se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e exploração de trabalho escravo, sem indenização. Aqui se consubstancia novamente a função social da propriedade, em sua face negativa, sancionatória.

Inovação salutar da CRFB/88 está em seu artigo 68 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Fez-se justiça, mesmo que tardiamente, às comunidades quilombolas: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Importante pontuar que “temos na CRFB/88 algumas previsões de institutos meios, quais sejam, desapropriação, sanção, progressividade fiscal, ou parcelamento compulsório do solo, que municiam o Estado a promover a função social, fazendo dela meta a ser cumprida pelos particulares” (DA SILVA, 2016, p. 21).

Historicamente, a produção legislativa e doutrinária brasileira em relação à função social da propriedade foi amplamente influenciada por Leon Duguit. “Sua concepção de que os direitos somente se justificam pela missão social para a qual devem contribuir, devendo o proprietário se comportar e ser considerado, em relação a seus bens, como alguém que realiza uma função, é fundamental para a compreensão do tema” (GAGLIANO, 2019, p. 56). Não deixa de se filiar ao pensamento de Duguit e à principiologia constitucional da função social da propriedade nosso Código Civil de 2002, como se percebe em seu artigo 1.228 e parágrafos. A filiação à ideologia de Duguit também se percebe na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O transcorrer do tempo demonstrou que o direito sobre a propriedade utilizado de maneira absoluta e desenfreada levou ao abuso e à desigualdade, além da perpetuação do *status quo*. Não seria possível mais, na visão contemporânea, albergar um direito absoluto e irrefreável à propriedade, haveria de se impor limites ao possuidor para que não ultrajasse os valores sociais que agora eram protegidos, “a ideia de posse do séc. XXI, segundo a qual não basta

apenas estar em contato direto com a coisa; esse contato direto tem que buscar efetivar o princípio da função social" (DA SILVA, 2016, p.10). Portanto resta claro não ser possível estudar a propriedade e seus desdobramentos, como a posse, ao arrepio de sua função social, pois daria guarida à iniquidade e às injustiças já presenciadas em tempos passados.

2.4. Usucapião

A usucapião é, segundo a doutrina majoritária - aponta Venosa (2017) - forma de aquisição originária da propriedade decorrente de lapso temporal da posse, entre outros requisitos. Todas as espécies de usucapião têm como imprescindíveis os requisitos de coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse e o decurso do tempo estipulado para cada caso (FIUZA, 2015). Farias e Rosenvald (2006, p. 334) prelecionam que a usucapião (ou *usucapio*, em latim) remete à Lei das Doze Tábuas, 455 a. C., "como forma de aquisição de coisas móveis e imóveis pela posse continuada por um ou dois anos. Só poderia ser utilizada pelo cidadão romano, eis que os estrangeiros não gozavam dos direitos preceituados no *ius civile*". Os mesmos Farias e Rosenvald (2006) apontam que, com a expansão do império romano, concedeu-se ao possuidor peregrino, que não fazia jus à usucapião, uma espécie de prescrição, forma de exceção baseada na posse da coisa por longo tempo (10 e 20 anos), prestando-se à defesa contra ações reivindicatórias. Esta exceção em forma de prescrição (*praescriptio*) não ensejava a perda da propriedade pelo legítimo dono negligente por longos anos, este apenas não mais teria acesso à posse da coisa (FARIAS E ROSENVALD, 2006).

Superadas as diferenças entre a propriedade civil e a pretoriana (dos peregrinos), em 528 d.C., Justiniano fundiu em um só instituto a *usucapio* e a *praescriptio*, passando a existir apenas a usucapião, sendo esta apta a conceder ao possuidor a propriedade (FARIAS E ROSENVALD, 2006). Deste modo passou a usucapião a modo de perda e aquisição de propriedade, simultaneamente, daí ser considerada, segundo a teoria monista, prescrição aquisitiva, teoria esta adotada posteriormente pelo Código Civil francês, aduzem Farias e Rosenvald (2006). Segundo Farias e Rosenvald (2006), Clóvis Beviláqua, ao contrário dos franceses, adotou a corrente dualista no Código Civil de 1916, sob orientação do BGB alemão, havendo a separação da usucapião e da prescrição. Aduzem ainda Farias e Rosenvald (2006) que o atual Código Civil de 2002 permanece filiado à corrente dualista, ao separar a prescrição extintiva na Parte Geral e a usucapião no Livro do Direito das Coisas, um modo de aquisição da propriedade.

"No direito brasileiro pré-codificado, a prescrição *longissimi temporis* se consumava em 30 anos, fossem os bens móveis ou imóveis e, em 40 anos, tratando-se de bens

públicos e coisas litigiosas, inclusive as furtadas" (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 335). Já no Direito Brasileiro codificado, observa Fiuza (2015), a prescrição de responsabilidade do possuidor somente se alega como defesa processual no que tange à ação reivindicatória ou à ação reintegratória, não sendo modo de aquisição da propriedade, pois somente a usucapião tem o condão de transformar o possuidor em proprietário.

Quanto às espécies de usucapião, como já era de se esperar, não há consenso entre os doutrinadores. Segundo Fiuza (2015, p. 580): "Tratando-se de usucapião de bens imóveis, subdivide-se em sete categorias distintas: usucapião ordinário, extraordinário, especial ou constitucional, usucapião coletivo, usucapião familiar, usucapião indígena e usucapião quilombola". Passemos a cada uma destas espécies e além, para a usucapião imobiliária administrativa, abordada por Gonçalves (2019).

Usucapião ordinária ou comum exige a posse por dez anos, o justo título e a boa-fé (artigo 1.242, CC/2002). Explica Fiuza (2015) que a posse exigida é *ad usucapionem*, ou seja, pacífica, ininterrupta e com convicção de dono (*animus domini*). O justo título é toda causa que seria, *a priori*, hábil a transferir a propriedade, mas encontra-se eivada de algum vício ou defeito (FIUZA, 2015). "Boa-fé é a crença do possuidor de que legitimamente lhe pertence a coisa de que tem posse. Essa crença é sempre resultado de erro de fato. O erro que procede da ignorância do vício ou do obstáculo que impede a transferência do domínio" (FIUZA, 2015, p. 581). O parágrafo único do artigo 1.242 do Código Civil prevê a redução do prazo para a usucapião a cinco anos "se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico".

A usucapião extraordinária exige a posse por quinze anos, independentemente de título e boa-fé (artigo 1.238, CC/2002). A posse é *ad usucapionem*, isto é, pacífica e ininterrupta, porém não exige convicção de dono, apenas a vontade de dono, pois, segundo Fiuza (2015, p. 582): "Basta que possua em nome próprio, isto é, basta que não possua na condição de locatário, comodatário, depositário, usufrutuário, enfiteuta etc.". O prazo será reduzido para dez anos, conforme parágrafo único do supracitado artigo, "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".

A usucapião especial ou constitucional (artigos 183 e 191 CRFB/88) está intimamente ligada à função social da propriedade, aduz Fiuza (2015). Gagliano (2019) afirma que esta usucapião se divide em rural ou *pro labore* (artigo 1.239, CC/2002) e urbana ou pró-moradia ou *pro misero* e familiar (artigo 1.240, CC/2002 e artigo 9.º do Estatuto da Cidade –

Lei 10.257/2001). Este instituto exige a posse *ad usucapionem* por cinco anos e estar o possuidor imbuído de vontade de dono (FIUZA, 2015). Segundo a legislação, não pode o requerente exercer este direito por mais de uma vez nem ser proprietário de outro imóvel (urbano ou rural). No caso da usucapião especial rural o imóvel usucapiendo não pode ter área superior a cinquenta hectares (500.000 m²) e ter-se tornado produtiva a terra pelo trabalho do usucapiente ou de sua família, tendo nela sua moradia. Já para a usucapião especial urbana o imóvel usucapiendo não pode ter área superior 250 m² e ter estabelecido nela sua moradia o usucapiente ou sua família. Fiuza (2015) informa que, caso a área usucapienda seja maior que 250 m² (imóvel urbano) ou 50 ha (imóvel rural), o interessado poderá pleitear usucapião apenas daquela área fixada em lei, porém, quanto à área remanescente, deverá aguardar o prazo da usucapião ordinária ou extraordinária, se esta for sua vontade.

A usucapião familiar, pró-moradia ou por abandono do lar (artigo 1.240-A, CC/2002) ocorre quando uma pessoa é abandonada por seu cônjuge, visando garantir a ela ou sua família um teto (FIUZA, 2015). "Em outras palavras, seu fundamento é a proteção à família e à pessoa, é a dignidade humana, em primeira e última instância" (FIUZA, 2015, p. 583). Segue o mesmo autor ao afirmar que esta espécie de usucapião exige posse *ad usucapionem* (pacífica, ininterrupta, direta, exclusiva e com título de domínio) por dois anos, imóvel urbano de até 250 m², o abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro, uso residencial próprio do imóvel (familiar), não ser o usucapiente proprietário de qualquer outro imóvel. Este direito só será garantido uma vez ao usucapiente.

A usucapião coletiva (artigo 10, Estatuto da Cidade) ocorre quando várias pessoas são compossuidoras de determinada área urbana. Segundo Fiuza (2015) exige posse *ad usucapionem* por cinco anos, área total dividida pelo número de possuidores inferior a 250 m² por possuidor, ocupação por população de baixa renda, impossibilidade (inviabilidade) de se determinar o terreno ocupado por cada família (composse *pro indiviso*), uso residencial próprio do imóvel e não serem os compossuidores proprietários de qualquer outro imóvel. "A inovação visa à regularização de áreas de favelas ou de aglomerados residenciais sem condições de legalização do domínio" (GONÇALVES, 2019, p. 318).

A usucapião indígena (artigo 33, Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973) ocorre quando o índio (pessoa de ascendência pré-colombiana), seja ele integrado ou não, ocupar como próprio trecho de terra inferior a cinquenta hectares. Fiuza (2015) informa serem requisitos a posse *ad usucapionem* (pacífica, ininterrupta, com vontade de dono) por dez anos e área inferior a 500.000 m². Continua o autor a lembrar que não haveria, *a priori*, qualquer empecilho ao índio invocar os outros tipos de usucapião, fazendo-se presentes seus requisitos. No caso da

usucapião indígena é bom lembrar que, segundo o parágrafo único do dispositivo legal supracitado, "[...] não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal".

Passa-se agora ao estudo da usucapião quilombola (artigo 68, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, CRFB/88). Iniciaremos com a transcrição do artigo do ADCT, para demonstrar como o legislador foi breve: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos". O dispositivo constitucional gera margem ampla de interpretações, num tema já controverso, aponta Fiuza (2015).

Gonçalves (2019) trata ainda de uma modalidade extrajudicial de usucapião (por isso não comumente citada na doutrina), a usucapião imobiliária administrativa. Segundo o autor a Lei nº 11.977/2009, alterada posteriormente pela Lei nº 12.424/2011, que criou o programa "Minha Casa, Minha Vida", destinado principalmente ao custeio de moradia à população de baixa renda, instituiu também a regularização fundiária ao tratar do processo de transformação da terra urbana em terra urbanizada, através da implantação de infraestrutura e integração à cidade.

Visitadas as espécies de usucapião, percebe-se que esta é instrumental para a resolução de conflitos fundiários, levando à pacificação social, uma vez que garante titularidade sobre o bem àquele que lhe tenha a posse por determinado período, dando vazão à função social da propriedade, princípio insculpido em nossa Constituição, baseado na dignidade da pessoa humana, vetor axiológico constitucional. Tão importante a usucapião na busca da função social da propriedade que, ainda no direito brasileiro pré-codificado, conforme transcrito alhures de Farias e Rosenvald (2006), até mesmo os bens públicos e coisas litigiosas estavam sujeitos à usucapião, pela posse decorrida de 40 anos.

2.5. A usucapião de bens públicos

Dentro das doutrinas de Direito Administrativo a possibilidade de usucapir bens públicos é rechaçada, ainda que com algum desalento por parte de Di Pietro (2019), que considera tal vedação retrógada. A inflexibilidade dos doutrinadores quanto à possibilidade de usucapião de bens públicos baseia-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e de seu corolário, a indisponibilidade dos bens públicos. Segundo estes autores falta à coisa pública o imprescindível requisito de "coisa suscetível de usucapião". Legalmente a posição adotada pelos administrativistas encontra respaldo no §3º do artigo 183 e parágrafo único do artigo 191, ambos da CRFB/1988 ("Os imóveis públicos não serão adquiridos por

usucapião"), na Súmula 340 do STF ("Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"), além do artigo 102 do Código Civil ("Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião").

Há que se pontuar que os bens públicos são divididos em três espécies, segundo o artigo 99 do Código Civil: os de uso comum do povo; os de uso especial e; os dominicais. Segundo Di Pietro (2019), sob o aspecto jurídico, as duas primeiras espécies são de domínio público do Estado, enquanto os bens dominicais são de domínio privado do Estado. Por conseguinte, a autora reflete quanto aos bens dominicais como patrimoniais disponíveis. Bens dominicais são então, conclui Di Pietro (2019), suscetíveis de valoração patrimonial, de avaliação econômica e alienáveis, por não ostentarem afetação pública. Além do mais, os bens públicos de uso especial podem passar à categoria de dominicais através do instituto da desafetação, explica Marinela (2016).

Apesar da posição doutrinária administrativista majoritária acerca do tema, lembraram-nos os civilistas Farias e Rosenvald (2006) que durante o período do direito brasileiro pré-codificado até mesmo os bens públicos e coisas litigiosas estavam sujeitos à usucapião. Seguem os retrotranscritos doutrinadores: "Registre-se, por último, que antes do advento da CF/1988, o artigo 2º da Lei no 6.969/81 permitia a usucapião especial rural de terras devolutas como forma de consolidação jurídica do domínio de particulares sobre bens originariamente públicos" (p. 343). Não obstante o decurso temporal até o presente momento legislativo, não há de se olvidar que a usucapião é instrumental na resolução de conflitos fundiários, levando à pacificação social e dando vazão à função social da propriedade. Este último princípio encontra-se insculpido em nossa Constituição, baseado em seu vetor axiológico, a dignidade da pessoa humana, valor máximo e mais protegido por nossa *Lex Mater*. Nesta seara há autores que dividam os bens públicos em materialmente e formalmente públicos:

O poder constituinte originário, na elaboração do texto constitucional de 1988, teria deixado "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" (FARIAS E ROSENVALD, 2006, p. 342). Seguem os mesmos autores informando que a correta abordagem constitucional sobre bens públicos seria, conforme transcrito acima (separados em formalmente e materialmente públicos). Mais adiante Farias e Rosenvald (2009, p. 343) reafirmam sua tese: "Ora, se os bens dominicais não se vinculam a nada, naturalmente a posse de particulares sobre eles – comprovados os requisitos legais da usucapião – seria merecedora de obtenção de título de propriedade".

Neste sentido, *data venia* aos autores publicistas, não seria possível dar guarida a uma posição absoluta e inflexível quanto à possibilidade ou não de usucapir bem público, à vista do que foi prelecionado como bem materialmente público e bem apenas formalmente público. Aqui atenta-se à primazia da essência sobre a forma.

Não só se percebe uma evolução dentre doutrinadores quanto à possibilidade de usucapião de bens públicos atendidas certas condições, como também a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP EI. nº 9172311-97.2007.8.26.000050000, Rel. Des. Lucila Toledo, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 22/05/2012) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG AC. nº 1.0194.10.011238-3/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5ª Câmara Cível, j. 08/05/2014). Arremata Negrão (2018, p. 196), ao citar a jurisprudência: "Possibilidade do usucapião de bens públicos dominiais, desafetados para a alienação, cumprida sua função social pelo particular usucapiente" (RF 416/353: TJSP, EI 9172311-97.2007.8.26.0000/50000, maioria; a citação é do voto do relator).

Por todo o exposto de origem doutrinária e jurisprudencial não é coerente exigir do particular que garanta a função social de seu imóvel, sob pena de progressividade temporal (extrafiscal) de imposto territorial, parcelamento ou edificação compulsórios e, até mesmo, desapropriação e não se exigir que a Administração atenda ao mesmo princípio, sob o tacanho argumento de que bens públicos atendem à sua função social pelo mero fato de serem classificados como tal, o que premiaria a atuação desidiosa do Poder Público quanto aos bens que titulariza.

A propriedade imóvel dita pública que está abandonada pelo estado leva à especulação imobiliária; à formação de "mocós" (áreas utilizadas por malfeitores, como traficantes de drogas); auxilia na proliferação de pragas, como roedores e insetos e na disseminação das doenças das quais são vetores, como a dengue, Chikungunya e Zika e; ocupações por particulares, trazendo risco às vidas destas famílias, no caso de áreas de risco de deslizamento e causando impactos ambientais quando áreas de preservação ambiental ou permanente. Da Administração, sob o manto do Poder Público, deve-se exigir mais, mais do que se exige dos particulares, nunca poderia se esperar o contrário.

2.6. Solução alternativa às ocupações irregulares de bens imóveis públicos

Fato é que há um sem-número de pessoas ocupando irregularmente imóveis públicos, especialmente em grandes centros urbanos. Não é difícil observar, num breve excurso pela maioria das cidades brasileiras, prédios públicos abandonados ao relento, pessoas marginalizadas ocupando tais locais ou famílias que ocuparam áreas de preservação ambiental

ou permanente, como em encostas de morros ou às margens de córregos e rios, e ali edificaram seus lares, geralmente de forma precária e desordenada.

Quanto às famílias em ocupações irregulares há um nefasto empecilho à dignidade humana, já que tais pessoas convivem sem infraestrutura de iluminação pública, energia elétrica, telefone, internet, água tratada, esgoto, transporte público, creches, escolas, etc., além do sempre presente risco de que suas edificações venham a ruir, causando acidentes graves e até mesmo levando à morte, como é tão observável em períodos chuvosos.

Há de se verificar aprioristicamente se, no caso concreto, há a necessidade de se discutir a obtenção da propriedade pelos posseiros ou se a outorga de seu usufruto seria suficiente. A concessão de uso especial para fins de moradia (artigo 1.225, XI, Código Civil, incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) foi uma importante evolução legislativa no sentido de buscar solução às ocupações irregulares de bens públicos imóveis da União, desde que cumpridos os requisitos da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Como bem explicou Sales (2010, p. 60): "A concessão de uso refere-se ao uso privativo de bem público pelo particular para a consecução de determinados fins, conforme veremos mais adiante". Esta medida certamente deve ser temperada pelo fato de que a solução mais ampla para conflitos de posse é de fato a redefinição do título de propriedade para a estabilização fática e pacificação social, uma vez que a titularidade de propriedade por parte do ora posseiro, abre caminhos em busca de reconhecimento social, acesso a linhas de crédito e, em última instância, da dignidade da pessoa humana.

Diante desse contexto, uma possível solução para o problema seria a criação de um órgão observatório nacional de imóveis públicos (ONIP) com um conselho deliberativo bipartite, sendo uma das cúpulas permanente e remunerada contando com representantes da sociedade civil (sendo esta em maioria absoluta de representação do conselho deliberativo e com mandato de oito anos), e a outra cúpula deliberativa mista formada pelos vice-titulares locais membros dos seguintes poderes ou instituições: Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo, Tribunal de Contas, Ministério Público, Defensoria Pública e Defesa Civil; sem remuneração extra por este serviço além dos subsídios que já percebem em suas funções atuais, com composição rotativa em cada sessão, a depender do ente público que titulariza os imóveis em debate.

O ONIP seria ainda guarnecido com corpo técnico remunerado, capacitado nas matérias de habitação, engenharia, arquitetura e urbanismo, trabalhando em conjunto com outros órgãos do setor público e com a sociedade civil organizada, com a finalidade específica de catalogar todos os imóveis públicos, suas situações atuais e sua evolução durante o tempo,

oitivas da sociedade, recebimento de denúncias, além da elaboração de relatórios com a estipulação de metas para sua manutenção, sanções, premiações (advindas do fundo gerado pela arrecadação de sanções), edificação compulsória e, se for o caso, desafetação para posterior alienação ou usucapião.

Uma das atribuições do ONIP seria elaborar relatórios sobre as situações dos imóveis públicos abandonados ou não edificados e encaminhá-los ao ente da administração pública que o titularize, juntamente com plano de manutenção, revitalização ou edificação compulsória (com destinação específica, atendendo às carências da comunidade local), versando, caso não atendido ao plano de ação posto, sobre as sanções cabíveis em cada caso, inclusive da possibilidade de usucapião daquele bem público imóvel que se mantiver desfuncionalizado, não se prestando ao benefício da sociedade.

O não atendimento do plano de manutenção, revitalização ou edificação compulsória levaria ao encaminhamento de notificação da situação ao Poder Legislativo competente para a deliberação a respeito de premiações ou aplicação das sanções contidas no relatório, como multas a particulares que continuassem a atentar contra às disposições contidas no relatório mesmo após notificação prévia, multas ao chefe do Poder Executivo, pena de inelegibilidade por oito anos do chefe do Poder Executivo titular do imóvel em apreço, a desafetação para alienação ou usucapião, sob a forma de edição de lei. O Poder Legislativo competente seria obrigado a pautar e votar o relatório, analogamente ao rito da votação da Lei Orçamentária Anual, sob a pena de não poder pautar quaisquer outras matérias até que o relatório fosse apreciado e votado, sendo posteriormente editada a lei a respeito das medidas ali informadas.

No caso de relatórios que sugiram pela usucapião, os imóveis em questão devem ser aqueles classificados como dominicais ou de uso especial (neste caso tendo que passar pelo processo de desafetação), não ter atendido ao plano de ação indicado nos relatórios pretéritos e atender aos demais requisitos próprios de usucapião, analisado o caso concreto. Assim, após a edição de lei pelo Poder Legislativo quanto à desafetação para posterior usucapião, o ONIP procederia à entrada com processo junto ao Poder Judiciário competente para que a usucapião possa ser julgada e autorizada, se observados todos os requisitos legais.

A receita para criação e manutenção do ONIP viria da retenção de parte do numerário obtido da cobrança de IPTU (imposto predial territorial urbano), ITU (imposto territorial urbano), ITR (imposto territorial rural) e ITCMD (imposto sobre transmissão causa mortis e doações). As receitas pela aplicação de penas de multas aos chefes do Poder Executivo ou particulares que descumprissem os planos de ação informados pelo ONIP formariam um

fundo para a premiação anual dos entes federados que observassem as boas práticas informadas nos relatórios do plano de manutenção, revitalização ou edificação compulsória.

2.7. Possível evolução legislativa

A conclusão de que não é possível permitir que a Administração olvide-se de atender ao princípio da função social da propriedade, sob o mero argumento de que bens públicos atendem à sua função social por assim serem classificados, mostrando-se suficiente para autorizar a usucapião de bens públicos em algumas situações especiais, e, mesmo contando com nosso ordenamento jurídico atual, através da técnica de ponderação de interesses jurídicos e da interpretação sistemática normativa, percebemos que é possível, em casos concretos, prolatar sentenças judiciais neste sentido, conforme acórdãos transcritos alhures.

Mas, para que a solução alternativa às ocupações irregulares de bens imóveis públicos apresentada no item anterior se aperfeiçoe, há que se avançar legislativamente, necessário fazer-se uma série de reformas legais, gerando assim o arcabouço jurídico para a criação e operação do ONIP, assim como sua profícua atuação.

A *priori* seria necessária a edição de Proposta de Emenda Constitucional para alterar a letra dos dispositivos da Constituição Federal, quais sejam, §3º do artigo 183 e parágrafo único do artigo 191, passando a ler-se "Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, senão nas formas de lei específica". Também deveria ser prevista a emenda no texto constitucional ao incluir no rol de exceções do artigo 167, IV, quanto à vinculação de receita de impostos. Posteriormente retificar-se-ia o Código Civil, passando o artigo 102 ao texto seguinte: "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião, senão nas formas de lei específica". Seria ainda necessária a edição da dita "lei específica", que trataria da criação do ONIP (informando o prazo máximo para sua entrada em operação), assim como sua composição, local da sede, fonte de custeio, etc. A lei traria todo o regramento sobre o processo para possível usucapião de imóveis públicos, conforme informado no item anterior deste trabalho.

Atualmente já existe uma grande quantidade de ocupações de imóveis públicos e, para evitar a progressão de tal situação haveria de se fixar, como marco temporal para a inclusão nos planos de viabilidade de usucapião de bens públicos, as ocupações de imóveis que tivessem ocorrido em data anterior à discussão e publicação da lei, assim como a necessidade de que fosse obrigatória a observação do trâmite contido na lei do ONIP, para evitar enxurrada de novas ocupações e de ações judiciais. A ressalva aqui contida segue similarmente o que ocorreu no veto presidencial do projeto de lei do Estatuto da Cidade que, em seus artigos 15 a 20, regulamentava a concessão de uso especial para fins de moradia. Não podemos deixar de

observar que a solução para os conflitos referentes à posse e à propriedade, não pode, jamais, deixar de passar pelo mais importante valor constitucional brasileiro; a dignidade da pessoa humana: “Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana está intrinsecamente, lidado à função social da propriedade ou da posse” (SILVA, 2012, p. 15).

3. CONCLUSÃO

As correntes doutrinária e jurisprudencial majoritárias apontam para a vedação à usucapião de bens públicos, independentemente do caso concreto, mas a boa prática do direito informadora das condutas sob o ordenamento jurídico nacional aponta que, por vezes, quando há a colisão entre princípios (neste caso a dita supremacia do interesse público sobre o privado ante à função social da propriedade), há de se ponderá-los, sopesando-os, até que se chegue à melhor resposta para o problema concreto. Ademais não há que se dizer de um direito absoluto, ou mesmo um princípio absoluto, já que por vezes, quando em choque entre si, um deve ceder para que o outro viceje.

Nesta ótica, fica claro que não há de se dar guarida à atitude de omissão da Administração quanto a bens públicos que, além de não estarem servindo ao interesse comum (propriedade desfuncionalizada, apenas formalmente pública, não materialmente pública).

Portanto há de se apontar que em determinadas situações a propriedade pública deve quedar ante à usucapião, para, daí sim, atender ao interesse coletivo. Tal possibilidade, para que possa se pacificar nos tribunais, deve ser alicerçada na evolução legislativa, com a emenda à Constituição e alterações de outros textos infraconstitucionais, além da criação de órgão especializado para analisar as situações de bens públicos em situação de verdadeiro abandono. A sociedade evolui, exige mais de seus representantes eleitos e, com isso, evolui também a Administração, a Legislação e o Judiciário. Não só há de se sustentar a viabilidade de usucapir bens públicos em determinadas condições, como deve se exigi-lo, para que o erário não se dilapide sob o manto da irresponsabilidade de alguns gestores.

4. REFERÊNCIAS

DA SILVA, Adriana Castanon Moreira. **Função social da posse**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 9-30, jul.-set. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Vol. 5. Reais**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. **Direito civil [livro eletrônico] curso completo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FROTA, Henrique Botelho. **A função social da posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos**. Fides, Natal, v.6, n. 1, p. 37-52, jan./jun. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 5: direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Coronel Fabriciano (5ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001. Apelação cível - Ação reivindicatória - Detenção - Inocorrência - Posse com "animus domini" - Comprovação - Requisitos demonstrados - Prescrição aquisitiva - Evidência - Possibilidade - Evidência - Precedentes - Negar provimento. Apelante(s): DER-MG Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais. Apelado(a)(s): Cláudio Aparecido Gonçalves Tito, Doraci Santos Melo Tito, Fátima Maria Lopes Tito, Expedito Cassimiro Rosa, José Cassimiro de Oliveira, Rosilene Carvalho de Oliveira, José Pedro de Oliveira Ramos, Marco Aurélio Gonçalves Tito e Outro(a)(a). Relator: Carlos Levenhagen. Data do julgamento: 08/05/2014. Data da publicação: 15/05/2014. Provimento negado por unanimidade.

MORAES FILHO, Odilon Carpes. **A função social da posse e da propriedade nos direitos reais**. 2006. Disponível em: < http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/7fsdaposse.pdf >. Acesso em: 20 mar. 2020.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALES, C. B. Humanização dos direitos reais: das limitações do direito de propriedade aos novos direitos reais de uso e moradia. 2010. 111 f. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SalesCB_1.pdf> Acesso em: 10 de fev de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Campinas (9ª Câmara de Direito Privado). Embargos infringentes nº 9172311-97.2007.8.26.0000/50000. Embargos infringentes possibilidade de usucapião de público dominial desafetado embargos rejeitados. Embargante: EMDEC – Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas S.A.. Embargadas: Coppersteel Bimetálicos LTDA e Outras. Relatora: Lucila Toledo. Data do julgamento: 22/05/2012. Data da publicação: 27/06/2012. Por maioria de votos, rejeitaram os embargos, vencido o 5º Juiz, de conformidade com o voto da Relatora.

SILVA, Jésus Nascimento da et al. **Aspectos controvertidos da função social da posse**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, Ipatinga, v. 1, n. 1, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: reais**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.