



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL AUGUSTO DA COSTA PINTO

**POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE
BENS PÚBLICOS DOMINICAIS**

BARBACENA

2017

RAFAEL AUGUSTO DA COSTA PINTO

**POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE
BENS PÚBLICOS DOMINICAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo Afonso de Oliveira Júnior

BARBACENA

2017

RAFAEL AUGUSTO DA COSTA PINTO

POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS

Monografia Apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior (orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof^a. Dr^a. Maria Aline Araújo Oliveira Geoffroy
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Cimino Moreira Mota
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

Dedico este trabalho a Deus pela força que me concede a cada dia. Agradeço a toda minha família pelo apoio e amor incondicional. A minha namorada, por não duvidar da minha capacidade. E a todos da Unipac que me ajudaram nos momentos necessários.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora pelo amor incondicional e a força pra buscar todos os dias novas realizações. Sem Deus nada sou.

A minha família, especialmente meus avós paternos e maternos por toda ajuda, emocional e financeira, para a conclusão desta jornada.

Por fim, agradeço a minha namorada que acreditou em mim quando eu mais precisei e teve paciência nos momentos certos.

"Tudo posso naquela que me fortalece."

Filipenses 4, 13

RESUMO

Este estudo tem por objetivo a análise da usucapião de bens públicos dominicais, apesar da expressa vedação constitucional, pois deveria o Estado arcar com os ônus da sua ineficiência na administração da propriedade. Adota-se, como método, o exploratório e a pesquisa se pauta na revisão bibliográfica. Contextualiza-se o direito à propriedade, abordando seus aspectos históricos e conceituais. Dá-se ênfase à aquisição da propriedade pela usucapião, relacionando o instituto da prescrição. Apresenta-se as modalidades de usucapião previstas no direito pátrio. Destaca-se a usucapião urbana individual e coletiva. Conceitua bens públicos. Apresenta as características e regime jurídico dos bens públicos, bem como a afetação e desafetação de tais bens. Averigua-se a possibilidade de usucapião dos bens dominicais. Constata-se que a propriedade evoluiu sobremaneira, deixando de ser um direito absoluto para atender a uma função social, sendo a sua inobservância causa de perda da propriedade. Porém, em se tratando de bens públicos, por expressa determinação constitucional, veda-se a usucapião. Ocorre que os bens desafetados ou dominicais, não raras vezes, são menosprezados, devendo o Estado arcar com o ônus da ineficiência na administração a propriedade, possibilitando-se, por conseguinte, a usucapião quando atendida a função social da propriedade pelo particular.

Palavras chave: Propriedade. Usucapião. Bens Públicos. Bens Dominicais. Função Social.

ABSTRACT

This study aims to analyze the use of dominical public goods, despite the express constitutional prohibition, since the state should bear the burden of its inefficiency in the administration of property. The exploratory method is adopted as a method and the research is based on the bibliographic review. The right to property is contextualized, addressing its historical and conceptual aspects. Emphasis is given to the acquisition of property by usucaption, relating the prescription institute. It presents the modalities of usucaption provided for in the right of the country. It emphasizes the individual and collective urban usucaption. Concepts public goods. It presents the characteristics and legal regime of public goods, as well as the affectation and disinfection of such goods. The possibility of usucaption of the dominical goods is discovered. It can be seen that property has evolved greatly, ceasing to be an absolute right to serve a social function, and its failure to observe property loss. However, in the case of public goods, by express constitutional determination, is prohibited the usucaption. It happens that the deprived or proprietary goods, not infrequently, are despised, and the State must bear the burden of inefficiency in the administration of the property, thus making possible the usucaption when attended the social function of the property by the individual.

Key words: Property. Usucaption. Public Goods. Dominical Goods. Social Role.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR MEIO DA USUCAPIÃO..... | 11 |
| 1.1 CONCEITO DE USUCAPIÃO..... | 11 |
| 1.2 A PRESCRIÇÃO E A USUCAPIÃO..... | 12 |
| 1.3 DAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO | 14 |
| 1.4. A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA: BREVES CONSIDERAÇÕES..... | 17 |
| 2 DOS BENS PÚBLICOS | 19 |
| 2.1 CONCEITO DE BEM PÚBLICO | 19 |
| 2.2 CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS | 23 |
| 2.3 REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS | 26 |
| 2.4 A AFETAÇÃO E A DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS..... | 29 |
| 3 USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS | 31 |
| CONCLUSÃO | 43 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 46 |

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao tratar dos bens públicos, veda a aquisição da propriedade pela usucapião, instituto que estaria então restrita à propriedade privada, ou seja, somente esta poderia ser adquirida pela prescrição, até mesmo porque uma das características dos bens públicos é a imprescritibilidade.

O direito de propriedade, ao longo dos tempos, deixou de ser uma manifestação absoluta do direito privado, não sofrendo qualquer ingerência do Estado, e, portanto, um direito individual, para se transformar em um direito norteado por princípios de natureza pública, a exemplo do princípio da função social da propriedade, que na atual Constituição se encontra previsto em diversos dispositivos, além de ser também consagrado na legislação esparsa.

Toda essa evolução sofrida pelo direito de propriedade impõe ao titular deste direito a observância aos ditames legais, seja no tocante à aquisição do direito de propriedade, seja no que tange a sua manutenção, ou mesmo quanto ao exercício dos poderes inerentes, pois não se admite, na atualidade, o exercício desarrazoado de quaisquer direitos.

Em se tratando do direito de propriedade, os atributos de usar, gozar, usufruir e dispor do bem deve se dar em consonância com os princípios que norteiam a temática, em especial o princípio da função social da propriedade, até mesmo porque tanto a propriedade imóvel rural, como a propriedade imóvel urbana, devem atender a uma finalidade maior, senão a satisfação pessoal do seu possuidor.

Não é demais ressaltar que várias são as situações em que a perda da propriedade imóvel pode se caracterizar; e, apesar da relevância do tema, o que se percebe, na seara acadêmica, não raras vezes, é maior relevância sendo dada à temática da aquisição da propriedade, em que pese a importância de se compreender a problemática da perda, até mesmo porque há situações em que pode o proprietário perdê-la de forma compulsória, ganhando relevo, nesse contexto, a usucapião.

Nesse cenário, em se tratando de bens públicos, a discussão se centra exatamente no atendimento à função social, principalmente dos bens dominicais ou desafetados.

O objetivo deste estudo é analisar a possibilidade de usucapião de bens

públicos dominicais, apesar da expressa vedação constitucional, pois deveria o Estado arcar com os ônus da sua ineficiência na administração da propriedade.

O método adotado é o exploratório e tem-se, como técnica de pesquisa, o levantamento bibliográfico, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos que permitam a compreensão da usucapião dos bens públicos, com ênfase nos bens dominicais.

Assim, divide-se o estudo em três capítulos. No primeiro busca-se contextualizar a aquisição da propriedade, abordando os aspectos conceituais da propriedade.

Ainda no primeiro capítulo relaciona-se a prescrição e a usucapião, além de apresentar as espécies de usucapião, dando atenção especial à propriedade urbana e a modalidade de aquisição pela usucapião.

No segundo capítulo, por sua vez, aborda-se o conceito de bens públicos, a sua classificação, regime jurídico, bem como a afetação e desafetação de tais bens.

Por fim, no terceiro capítulo averigua-se a possibilidade de usucapião dos bens dominicais, com destaque à função social da propriedade.

1 A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR MEIO DA USUCAPIÃO

1.1 CONCEITO DE USUCAPIÃO

A usucapião é modo de aquisição originária de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos prescritos na legislação¹.

O termo “usucapião” encontra sua origem etimológica no latim, do verbo *usucapio, usucapere* (usucapir). O significado do termo é tomar pelo uso. Por isso Modestino (*apud* BORGES, 2010, p. 136) a definiu da seguinte forma “*est adjectio dominii per continuationem temporis lege definit*, ou seja, o usucapião (sic) é a aquisição do domínio pela posse contínua durante o tempo exigido pela lei”

O fundamento da usucapião encontra-se dividido em duas correntes as

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg 273.

quais defendem respectivamente a teoria subjetiva e a teoria objetiva, o que influi diretamente no conceito do instituto e no seu alcance.

Os defensores da corrente subjetiva buscam o fundamento do instituto na presunção de haver ânimo de renúncia por parte do proprietário ao não exercer seu direito, demonstrado pelo lapso de tempo em que deixou de usar o bem.²

Esta corrente é combatida por Lafayette (*apud* BORGES, 2010, p. 137), com o argumento de que a negligência não determina por si só a prescrição aquisitiva, servindo o fato apenas de justificativa para tirar da usucapião o caráter espoliativo.

Em contraponto à teoria subjetiva, as teorias objetivas são fundadas na utilidade social do bem, pois, é “socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio”³.

Dessa forma, com o decurso do tempo os vícios e defeitos dos “modos de aquisição” são sanados, tendo o instituto por objeto dar fim às incertezas da propriedade.⁴

Percebe-se, da análise evolutiva e conceitual traçada, que o tempo é um elemento de suma importância na usucapião, e que ganha relevância quando se trata da prescrição, como se passa a observar no próximo item.

1.2 A PRESCRIÇÃO E A USUCAPIÃO

A prescrição, conforme ensinamentos de Ribeiro (2008a, p. 14), se classifica em nosso direito em extintiva ou liberatória e aquisitiva, a última significando usucapião.

Afirma o autor, ainda, que a prescrição é a perda da capacidade defensiva pelo não-uso durante um determinado tempo. Logo, o direito pode ficar inativo por longo tempo sem perder a sua eficácia, o que atrofia é a capacidade de reagir. Em

² BORGES, Antônio Moura. **Usucapião**: capítulo especial sobre prescrição e decadência. Campo Grande: Editora contemplar, 2010. pg 137.

³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pg 160-161.

⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pg 161.

razão da paz social, o organismo político jurídico permite que se realizem e consolidem fatos contrários ao direito do negligente⁵.

Em suma, pode-se afirmar que a prescrição é uma punição à negligência do titular do direito.

A usucapião não se confunde com a prescrição extintiva, sendo aquela autônoma com relação a esta, embora sejam institutos semelhantes, já que ambos objetivam dar firmeza as relações jurídicas, sendo que a usucapião e a prescrição extintiva podem ser interrompidas pelas mesmas causas, e têm como condição o decurso do tempo. Não se pode falar em prescrição aquisitiva, já que a usucapião tem função exclusiva de possibilitar a aquisição⁶.

Fato é que a usucapião se restringe a direitos reais, dos quais é modo de aquisição e supõe a posse continuada da coisa, sendo considerada por Lafayette (*apud* GOMES, 1978, p. 159) como sendo positiva, onde predomina a força geradora do domínio. Já a prescrição extintiva nasce da inércia e tem caráter negativo.

Gomes (1978, p. 159) chama a atenção para o fato de que a prescrição extintiva se encontra na parte geral do código civil, ao passo que a usucapião foi sistematizada pelo legislador na parte que cuida de direitos reais. Anote-se que a observação do autor foi tecida na vigência do Código Civil de 1916.

Já Pereira (2006, 137) defende que a “prescrição determina a extinção das relações jurídicas, mas autoriza a aquisição dos direitos”. E defende que a “usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com observância dos requisitos instituídos em lei”, e explica se tratar de posse que, no decurso do tempo converte-se em domínio quando associada a outras exigências.

Não há como negar a divergência existente acerca da prescrição aquisitiva e da usucapião. Fato é que, como já apontado alhures, nos dois institutos (prescrição e usucapião) o tempo é primordial, e pode sim configurar a perda de um direito ou a aquisição da propriedade, desde que preenchidos outros requisitos.

⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a, v. 1. pg 15.

⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pg 159.

1.3 DAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

Coexistem no ordenamento jurídico, desde a vigência do Código Civil de 1916, várias espécies de usucapião, regulamentadas por diplomas legais distintos, e com requisitos, inclusive temporal, também distintos.

A primeira modalidade de usucapião é a extraordinária, que pode ser conceituada como a maneira pela qual a propriedade é adquirida pelo possuidor, em prazo longo, independente de justo título e de boa fé. Já a usucapião ordinária, na visão do mesmo autor, exige, além da posse e do lapso temporal, o justo título e a boa-fé, sendo chamada de usucapião abreviada por exigir menor tempo.⁷

A usucapião especial ou constitucional, espécie esta de prescrição aquisitiva instituída primeiramente pela Constituição de 1934, que consagrou a modalidade rural, e que foi regulamentada pela Lei nº 6.969/1981.⁸

Anote-se que a Constituição da República de 1988 trouxe modificações na usucapião especial rural e instituiu a usucapião especial urbana. E coube a Lei nº 10.257/2001 regulamentar a usucapião individual, conforme a previsão constitucional, e instituiu a usucapião urbana coletiva. As modalidades de usucapião especiais individuais, rural e urbana também se encontram regulamentadas no Código Civil de 2002.

A usucapião extraordinária é espécie disciplinada no art. 1.238 do Código Civil, e seus requisitos são os seguintes: posse por quinze anos, ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica, dispensando-se o justo título e a boa-fé (BRASIL, 2002).

O parágrafo único do artigo em comento determina que possa reduzir-se o prazo para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras e serviços de caráter produtivo⁹.

⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pg 165.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. pg 238.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. pg 236

Já a usucapião ordinária é espécie disciplinada no art. 1242 do Código Civil, e os requisitos são: posse com ânimo de dono durante dez anos, de forma contínua, mansa e pacífica, com justo título e com boa fé (BRASIL, 2002).

Anote-se que o parágrafo único do referido artigo abre a possibilidade de se adquirir em cinco anos se o imóvel em questão houver sido adquirido onerosamente, a contar da matrícula no Cartório de Registro de Imóveis, cancelada posteriormente, desde que os possuidores tenham estabelecido sua moradia no imóvel e nele tenham realizado obra de interesse social e econômico¹⁰.

Tem-se, ainda, a denominada usucapião especial, prevista na Constituição da República de 1988, e por isso denominada por alguns estudiosos como usucapião constitucional. Esta espécie de usucapião divide-se em usucapião rural ou *pro labore*, e usucapião especial urbana ou pró-moradia, sendo esta última regulamentada pelo art. 183 da Constituição, ao passo que a primeira está prevista no art. 191 do mesmo diploma legal.

Importante ressaltar que o Estatuto das Cidades trouxe em seu art. 9º a usucapião urbana individual, e no seu art. 10 a usucapião urbana coletiva, espécies também prevista no Código Civil de 2002, no art. 1240. A usucapião rural ou *pro labore* foi consagrada pela primeira vez na Constituição de 1934, sendo regulada atualmente no art. 191 da Constituição da República de 1988 e no art. 1239 do Código Civil de 2002.¹¹

No que tocam os requisitos para a usucapião urbana individual e coletiva, cumpre informar que serão abordados adiante, dada a sua importância para o presente estudo.

Por fim, tem-se a usucapião especial rural ou *pro labore*, que segundo Gonçalves (2008, p. 238) é disciplinada na Lei nº 6.969/1981, diploma legal este que foi elaborado com o intuito de regulamentar a usucapião especial rural ou *pro labore*, nos seguintes termos:

Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. pg 238.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. pg 238.

excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com o seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

O constituinte de 1934 já havia estabelecido a usucapião rural¹², o qual foi mantido nas constituições que antecederam o Estatuto da Terra, tais como as Constituições de 1937 e 1946. Assim, a Lei nº 6.969/1981 tinha previsão expressa no seu art. 2º, no sentido de permitir a usucapião de terras devolutas (espécies de bens públicos). Já a Constituição de 1988, no art. 191, aumentou para cinquenta hectares a dimensão da área rural susceptível de usucapião especial rural.

Anote-se que no parágrafo único, do mesmo art. 191, a Constituição de 1988 proibiu a aquisição de imóveis públicos por usucapião, texto este constante também no art. 1.239 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a problemática das terras devolutas, tem firmado entendimento de que não são presumidamente públicas, cabendo ao Estado provar que as mesmas pertencem ao patrimônio público¹³.

O objetivo da usucapião especial rural não visa simplesmente à posse, seu objetivo é fixar o homem no campo, por isto a exigência da ocupação produtiva do imóvel, devendo o pretense adquirente morar e trabalhar no referido imóvel. A pessoa jurídica não pode requerer a usucapião especial rural em razão do princípio ruralista que entende que deve ser dono da terra quem nela reside com sua família e a torna produtiva com o próprio suor. A doutrina e a jurisprudência não aceitam a soma ou adição da posse nesta espécie de usucapião, ou seja, não pode o possuidor acrescentar a sua posse a dos seus antecessores, sendo afastada a possibilidade, mesmo quando o possuidor faz parte da família e nela residir e produzir.¹⁴

¹² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b, v. 2. pg 934

¹³ **STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL : AgRg no REsp 611577 RS 2003/0213141-6**. (...)2. Esta Corte Superior possui entendimento de que a circunstância do imóvel objeto do litígio estar situado em área de fronteira **não tem, por si só, o condão de torná-lo de domínio público**. A ausência de transcrição no ofício imobiliário não conduz à presunção de que o imóvel se constitui em terra devoluta, cabendo ao Estado o encargo de provar a titularidade pública do bem. Precedentes.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. pg 239-240.

Não se pode acrescentar a posse de antecedente no caso de usucapião rural em razão de haverem em tal espécie requisitos personalíssimos, e de ser o prazo muito curto. No entanto o autor ensina ser possível a soma das posses na sucessão a título universal restringindo-se a família do interessado, necessitando para tanto que o sucessor ou componentes da família do sucedido tenham trabalhado na “terra, fazendo-a produzir e nela residindo”¹⁵.

1.4. A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Embora o estudo tenha por objetivo discutir a possibilidade da usucapião de bens públicos dominicais, se faz necessário abordar a concessão de uso especial para fins de moradia, ainda que brevemente, instituto que possibilita a legitimação da área, consagrando, por conseguinte, o direito social à moradia, é imprescindível tecer algumas considerações acerca da concessão de uso especial para fins de moradia.

Este instrumento possibilita a regularização fundiária em terras públicas, fundada na justiça social deste instrumento, já que a usucapião urbana individual e/ou coletiva busca a função social da propriedade privada, nada mais justo que o Estado também atenda ao princípio da função social, em relação as áreas de sua propriedade.

Anote-se que a concessão de uso especial para fins de moradia foi instituída como instrumento de política urbana, especificamente de política urbana municipal, nos termos do art. 4º, V, “h”, e dos arts. 15 a 20, todos da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade.

Acontece que o Executivo, por entender que o texto deixava dúvidas sobre a aplicação do instrumento, e contrariava o interesse público, nos termos do art. 66, § 1º da Constituição da República de 1988 vetou alguns dispositivos do Estatuto da Cidade, principalmente os que não ressalvavam do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental

¹⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b, v. 2. pg 1065-1066.

ou destinadas a obras públicas” (BRASIL, 2001a).

Entretanto, a própria mensagem de veto admite a importância do instituto, e o compromisso do Poder Executivo de submeter, com urgência, um novo texto para garantir a concessão de uso especial para fins de moradia.

Em reconhecimento à importância e validade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Executivo submeterá sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preencha esta lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas (BRASIL, 2001a).

O instituto teve sua regulamentação, portanto, a partir da entrada em vigor da Medida Provisória nº 2.220/2001, que alterou poucos aspectos do texto original, estabelecendo que:

[...] 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 situados 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 (BRASIL, 2001b).

Diante do texto estabelecido pela Medida Provisória, é possível afirmar que a concessão tem como objetivo principal regulamentar ocupações urbanas consolidadas em terras públicas.

Entre os vários institutos criados pelo texto constitucional, e regulamentados pelo Estatuto das Cidades, merece especial atenção o incremento de um dispositivo já existente no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Civil de 1916, qual seja, o direito real de uso.

Em decorrência da previsão constitucional, o direito de uso pode ser objeto de concessão gratuita pelo Estado, por qualquer um de seus entes, para aqueles que comprovem a posse de imóvel público por determinado período, qual seja, cinco anos completos, até o dia 30 de junho de 2001, uma vez que bens públicos não são passíveis de usucapião¹⁶.

Anote-se que o à concessão de direito especial de uso para fins de moradia foi reconhecido pela Constituição da República de 1988, como já apontado alhures,

¹⁶ SILVA, Geyson Gonçalves de. Os contornos contemporâneos da propriedade urbana e a concessão de uso especial para fins de moradia. **Cadernos de Pesquisa em Direito**. Florianópolis: CESUSC, 2007

nos termos do art. 183, § 1º. Logo, na medida em que é vedada a aquisição do domínio pleno sobre as terras públicas através da usucapião, conforme o § 3º, do mesmo artigo, a concessão do direito especial de uso para fins de moradia é o instrumento hábil para a regularização fundiária das terras públicas informalmente ocupadas pela população de baixa-renda.

Ainda, tendo em vista que a usucapião urbana serve para garantir uma destinação social para os imóveis urbanos privados, visando atender à função social da propriedade, a concessão de uso deve ser utilizada para atingir esse objetivo com relação aos imóveis públicos. Assim, quando se fala em função social da propriedade urbana, esse princípio é norteador, como condição de garantia tanto para o exercício da propriedade urbana privada como pública.

Resta claro, portanto, que tanto a usucapião urbana, seja na modalidade individual, seja na modalidade coletiva, quanto o direito real de uso, são instrumentos voltados à regularização do uso da propriedade a título precário, que se funda no princípio da função social, já que não mais se admite que a propriedade não atinja tal finalidade, consagrada como princípio constitucional.

Não obstante a concessão de direito real de uso consagrar o direito social à moradia em bens públicos, ela é um instituto precário que não consolida a propriedade e deixa o morador sujeito às vontades do administrador público. O direito à moradia deve ser concreto, e só assim sendo, por meio da aquisição da propriedade, como ocorre na usucapião.

2 DOS BENS PÚBLICOS

2.1 CONCEITO DE BEM PÚBLICO

A conceituação de bem público é fonte de certa controvérsia no ramo de Direito Administrativo, isto ocorre devido às formas variadas que os Estado por meio da Administração Pública, desempenha suas atividades e interfere em prol destas

atividades, na realidade do cidadão comum.¹⁷

Há uma grande evolução histórica da interferência estatal na vida privada, deste modo, existe a necessidade de acompanhamento e desenvolvimento acerca do Direito Administrativo, pois, mudam os indivíduos, mudam as instituições, mudam as situações, evoluem os conceitos.

Bens públicos, em sentido amplo, são “[...] todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”.¹⁸

Sob o olhar do autor, o rigor técnico da definição de titularidade, da qual era prevista no Código de 1916, ainda é vigente no Código de 2002 que dedica um Capítulo aos bens públicos e particulares, iniciando no art. 98, o qual dispõe que são públicos os “[...] bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” (BRASIL, 2002).

Vale lembrar que dentro do conceito de domínio público, há diferenciação entre domínio patrimonial e domínio eminente:

Em suma, o domínio eminente [...] não constitui um direito de propriedade; é o poder que o Estado exerce potencialmente sobre as pessoas e os bens que se encontram no seu território. Tem-se dito que esse poder não admite restrições. Todavia, o absoluto dessa potestas está condicionado à ordem jurídico-constitucional e aos princípios, direitos e garantias da Lei Fundamental. O domínio eminente é um poder sujeito ao Direito; não é um poder arbitrário. O domínio patrimonial do Estado sobre seus bens é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial. A esse regime subordinam-se todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados bens públicos e, como tais, regidos pelo Direito Público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada.¹⁹

Baseado nas informações acima, a teoria do domínio eminente é necessária levar em conta o entendimento de Harger (2008, p. 311), que bem explana:

Todo o patrimônio mensurável de uma nação, ainda que estivesse uma fração à disponibilidade imediata da titularidade privada, seria por definição patrimônio público. A titularidade particular seria, por tal, a teor precário e

¹⁷ HARGER, Marcelo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pg. 312.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pg 586

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pg. 584

revogável por instrumentos sumários, ao alvitre da administração pública quando esta invocasse justificativa de interesse público.

Não obstante, recusa-se o antigo entendimento de “domínio eminente”, que vigorou no passado. Essa teoria assegurava que o Estado deteria uma propriedade latente sobre todos os bens existente em seu território. Deste modo, os particulares seriam titulares de um domínio restrito, que poderia ser extinto a qualquer tempo, se assim entende-se o Estado. Conforme esse entendimento, o patrimônio do Estado seria integrado por bens de seu domínio efetivo, mas também e indiretamente por todos os bens existentes na posse dos particulares.²⁰

Anote-se, ainda, que a teoria do domínio eminente tem suas origens no período anterior à afirmação do Estado de Direito. Não traduz corretamente a relação política e jurídica entre o Estado e a sociedade. Não existe domínio eminente do Estado sobre bens privados.

O manifesto choque da teoria do domínio eminente com o enquadramento formal amplo do estado de direito, à exemplo das democracias liberais incluiu este entendimento, sendo contrário ao posicionamento jurídico majoritário. Nos dias de hoje é consagrada a ideia de uma universalidade patrimonial, sujeito a tutela do Estado individualizado como pessoa jurídica que se faz necessário dispor deste instrumento em seu papel de “provedor”, sob as formas gradativas de intervencionismo ao bem-estar social.²¹

Como bem lembra Carvalho Filho (2009. p. 1237), a redação oferecida pelo código vigente, aprimorou o que constava do art. 65 do Código anterior, que só se referia, como titulares de tais bens, à União, aos Estados e aos Municípios.

Na mesma senda Mello, que enfatiza:

[...]. Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias designadas pela base estrutural que possuem, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.²²

²⁰ JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 936.

²¹ HARGER, Marcelo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pg. 312.

²² MELO, Marco Aurélio de. **Direito das Coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pg.929.

Percebe-se que a principal diferença entre os conceitos esposados nas doutrinas é que Celso Bandeira de Mello exclui do âmbito do domínio público os bens pertencentes às entidades administrativas dotadas de personalidades de Direito Privado.

Ainda sobre a análise quanto à diferenciação entre as duas doutrinas, Rocha (2008, p. 832) ressalta que “[...] tem um critério subjetivo ao interpretar públicos os bens pertencentes às pessoas de Direito Público, mas não há uma restrição ao contexto do domínio público a titularidade do bem”.

Neste prisma, os bens pertencentes aos indivíduos particulares, de que em tese seriam exemplos os bens de empresas concessionárias de serviços públicos, seria igualmente público.

Em sentido diverso leciona Gasparini (2009, p. 880), para quem há “[...] um equívoco na expressão bens públicos uma é o substantivo bem, outra é o adjetivo público”. O autor explana ainda que a palavra bem pode ter ora uma acepção filosófica, ora um sentido jurídico.

Nessa acepção, diz-se que a inteligência, a bondade, a saúde e o amor são bens. Em sentido jurídico, pode ser vista como todo valor material ou imaterial que pode ser objeto de direito, como complementa Gasparini:

[...] uma gleba de terra, por exemplo, é um bem. No concernente à palavra “público”, por outro lado, tanto pode significar o proprietário do bem, no caso a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, como seu usuário, nos quais são os administrados, o povo e por final o público.²³

Comunga desse entendimento Carvalho Filho (2009, p. 1238) que conceitua bens públicos como todos aqueles que:

De qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

E mais adiante o autor esclarece o alcance das expressões “bens de qualquer natureza” e “qualquer título”, que fazem parte do conceito de bens públicos:

[...] Referimo-nos a bens de qualquer natureza, porque na categoria se inserem os bens corpóreos e incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações. Por outro lado, a menção a propriedade a qualquer

²³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 880.

título funda-se na especial circunstância de que no conceito tanto se incluem os bens do domínio do Estado na qualidade de proprietário em sentido estrito, quanto aqueles outros que, de utilização pública, se sujeitam ao poder de disciplinamento e regulamentação pelo poder público²⁴.

Por fim, acerca da divergência doutrinária, entre a inclusão ou não das pessoas administrativas de direito privado, o posicionamento majoritário os bens destas entidades não são públicos, como defende Medauar (2008).

2.2 CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Inicialmente, não houve uma classificação dos bens públicos. No Código Civil de Napoleão, de 1804, apenas se declarava que certos bens eram insuscetíveis de propriedade privada, como, por exemplo, os rios, as estradas etc. Para alguns, estaria aí a semente da divisão dos bens em duas grandes categorias: os do domínio público e os do domínio privado do Estado.²⁵

Deve-se, portanto, a Pardessus a primeira classificação: para ele existe, e um lado, o domínio nacional, suscetível de apropriação privada e produtor de renda; e, de outro, o domínio público, consagrado, por natureza, ao uso de todos e ao serviço geral, sendo inalienável, imprescritível e insuscetível de servidão²⁶.

A primeira classificação é encontrada no Código Civil de 1916. Porém, tal classificação é pobre. O Código em comento adotou terminologia própria, peculiar ao direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, conforme o regime jurídico adotado.²⁷

No Código Civil de 2002, em seu art. 99, faz uma divisão tripartite das modalidades de uso do bem público, que são elas: de uso particular, de uso especial e dominical. Assim estabelece o Código Civil:

Art. 99. São bens públicos:
I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1238.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 632.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 632

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 632

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (BRASIL, 2002).

O grande problema que reside na classificação do Código Civil é que o legislador tinha em mente apenas os bens imóveis, olvidando-se que bens móveis também podem ser qualificados como bens públicos, conforme ensina Justen Filho. Por este motivo o autor entende que há outras classificações possíveis para bens públicos. Podem ser diferenciados bens públicos corpóreos e incorpóreos, conforme sejam ou não dotados de existência física no espaço. Os bens corpóreos podem ser móveis ou imóveis, conforme seja ou não possível promover o seu deslocamento físico sem promover sua desnaturação. Os bens imóveis podem integrar o domínio terrestre e aquático.²⁸

Nesse sentido leciona Venosa, que defende serem os bens públicos as coisas corpóreas e incorpóreas pertencentes ao Estado, em geral, com suas subdivisões administrativas; tais bens estão submetidos a regime especial. Sob este aspecto, os bens públicos podem ser divididos entre bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais²⁹.

Segundo Di Pietro, os dois primeiros (uso comum e de uso especial) é de domínio público do Estado. E ainda esclarece:

[...]. Consideram-se bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração. Dentre eles, citam-se as ruas, praças, estradas, águas do mar, rios navegáveis, ilhas oceânicas³⁰.

Bens de uso especial são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins.³¹

²⁸ JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 936. pg. 847.

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direitos reais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pg. 248.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 636.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 636.

Para Rosa, uso comum e uso especial possuem a seguinte definição:

[...]: a) Bens de uso comum – são os de uso de todos indistintamente (ruas, avenidas, praças, rodovias, mares); b) Bens de uso especial – prestam-se à execução de serviços públicos, destinados à fruição exclusiva do Poder Público (repartições públicas) ou à fruição geral (museus, universidades, parques etc.).³²

Bens de uso comum do povo são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais e municipais. Nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira do Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou, até mesmo, o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público.³³

Os bens de uso dominicais não estão afetados para a finalidade exclusiva pública, podendo ser alienados por entidades de direitos privados bem como de direito público. O atual Código Civil, no parágrafo único do art. 99, em seu inciso III, os define como: “[...] constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” (BRASIL, 2002).

Carvalho Filho, lembra que a noção é residual, porque nessa categoria se situam todos os bens que não se caracterizam como de uso comum do povo ou de uso especial; se o bem, portanto, serve ao uso público em geral, ou se presta à consecução das atividades administrativas, não será enquadrado como dominical. Por este motivo, são bens dominicais as terras sem destinação específica (entre elas, as terras devolutas), os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa³⁴.

Rosa contribui com a seguinte lição:

Dominicais (ou dominiais) – constituem o patrimônio disponível, exercendo o Poder Público os poderes de proprietário como se particular fosse; não possuem destinação específica, seja porque o uso não é indistintamente permitido, seja porque o Poder Público não necessita da sua fruição. Por lei

³² ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 137-138

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1243-1244.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1244.

é permitida a formação de patrimônio dessa natureza (excepcional, diante da regra).³⁵

Di Pietro acrescenta, sobre bens dominicais, as seguintes ponderações:

Os bens do domínio privado do Estado, chamados bens dominicais pelo Código Civil, e bens do patrimônio disponíveis pelo Código de Contabilidade Pública, são definidos legalmente como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades” (art. 66, III, do Código Civil)³⁶.

Complementa, ainda, que “[...] não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”³⁷

Para Di Pietro, pode ser observado pontos em comum através da redação dada ao artigo 99 do presente Código Civil em relação à destinação pública, bens de uso comum do povo e bens de uso especial, sendo que estas duas se diferem da terceira que são dos bens de usos dominicais, pelo fato que esta última não possui destinação específica. E finaliza:

[...] sob o aspecto jurídico, pode-se dizer que há duas modalidades de bens públicos: 1. Os do domínio público do Estado, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial; 2. Os do domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais³⁸.

Resta claro, que o entendimento da autora sobre o tema é que há somente dois tipos de bens públicos e não três como constam no art. 99 do Código Civil de 2002.

2.3 REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Inicialmente cumpre destacar que o regime jurídico expõe as características que cada bem público possui como peculiar. Para Di Pietro, em relação ao regime jurídico afirma que em virtude da destinação, os bens de uso comum e os de uso especial são para fins públicos, os mesmos estão fora do comércio jurídico

³⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 138

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 634.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 635.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 639-640.

privado:

[...] São, portanto, características dos bens das duas modalidades integrantes do domínio público do Estado a inalienabilidade e, como decorrência desta, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração³⁹

Rosa contribui ainda em relação ao regime jurídico dos bens de uso comum e os de uso especial:

[...] os bens públicos são gravados de inalienabilidade (não estão sujeitos, em regra, à transferência de domínio); imprescritibilidade (são insuscetíveis de ser adquiridos por usucapião – CF, arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único e Dec.-Lei n. 9.760/46, art. 200); impenhorabilidade (são insuscetíveis de constrição judicial por penhora – CF, art. 100) e não-oneração (não podem ser dados em garantia).⁴⁰

Para Rosa, com exceção aos bens de uso dominicais, todos os bens públicos são incorporados ao patrimônio público e também com destinação específica⁴¹.

A inalienabilidade consta do ordenamento jurídico desde a Constituição Federal de 1824 e, segundo o entendimento de Gasparini⁴², é “[...] o atributo daquilo que não pode ser transferido, disposto ou alienado; é a qualidade que impede a transferência a terceiros de bens assim considerados”. Ainda há previsão sobre o tema nos arts. 100 e 101 do Código Civil:

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (BRASIL, 2002).

Após a leitura dos preceitos legais, é possível entender que os bens de uso comum não serão alienáveis, enquanto estiverem afetados a tais finalidades. Entretanto caso o bem esteja desafetado à sua finalidade o mesmo passará a categoria de bens dominicais, podendo este, dependendo da legislação pertinente a espécie, sofrer alienação.

Sob este aspecto é que os bens públicos são inalienáveis. Na imprescritibilidade, é protegida a propriedade de bens públicos havendo a vedação

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 637.

⁴⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 148.

⁴¹ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 633.

⁴² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 889.

constitucional à usucapião dos bens públicos que tem por fim assegurar uma proteção especial a esta espécie de bens. Ora, esta proteção tem relação com a inalienabilidade que é a regra entre os bens públicos. Assim, a disposição genérica trazida pela norma não significa a não aplicação a tais bens do princípio da função social.

A Constituição estabelece regra específica a respeito, no art. 183, § 3º, que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. E também o Código Civil, em seu art. 102, dispõe que os “bens públicos não estão sujeitos a usucapião” (BRASIL, 2002), embora a questão, no âmbito doutrinário, seja objeto de debates, como se verá oportunamente.

Segundo Justen Filho,⁴³ a impenhorabilidade decorre não da inalienabilidade do regime de direito público, mas também da disciplina atinente à execução por quantia certa contra a Fazenda pública. O regime de precatório está disciplinado no art. 100 da Constituição da República.

No mesmo caminho, entende Carvalho Filho:

O Código de Processo Civil regulamenta a matéria no art 910, confirmando a especificidade das regras sobre a execução contra a Fazenda Pública. Relembre-se, por oportuno, que a impenhorabilidade tem o escopo de salvaguardar os bens públicos desse processo de alienação, comum aos bens privados. Com efeito, admitir-se a penhora de bens públicos seria o mesmo que admitir sua alienabilidade nos moldes do que ocorre com os bens particulares em geral. A característica, por conseguinte, tem intuito eminentemente protetivo⁴⁴.

Por fim, Carvalho Filho entende que onerar um bem significa deixá-lo de garantia para o credor, no caso de inadimplemento da obrigação, ainda aponta como exemplos de direitos reais sobre a coisa alheia o penhor, a hipoteca e a anticrese, mencionados no art. 1.419 do Código Civil. E finalizando o autor entende que os bens públicos não podem ser gravados, primeiramente, porque a própria Constituição que contemplou o regime de precatórios para o pagamento dos créditos de terceiros contra a Fazenda Pública. Segundo, porque só aquele que pode alienar poderá hipotecar dar em anticrese ou empenhar⁴⁵.

⁴³ JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 936. pg. 855.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1252.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1254.

Como já asseverado, ainda é possível entender que os bens públicos via de regra são inalienáveis. Tendo discussões doutrinárias sobre algumas exceções, que deveriam ser consideradas pelo legislador originário, sendo mister destacar a problemática da afetação e desafetação dos bens públicos.

2.4 A AFETAÇÃO E A DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Com exceção ao bem dominical, a afetação e desafetação só ocorrem com as demais modalidades, pelo fato que a primeira não possui destinação específica. Como expõe Carvalho Filho⁴⁶, a afetação e desafetação dizem respeito aos fins para os quais está sendo utilizado o bem público. Se um bem está sendo utilizado para determinado fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz que se está sendo afetado. Um exemplo disto, uma praça de uso comum do povo. Diferentemente do bem desafetado, pois é quando não está sendo usado para qualquer fim público. Outro exemplo é certa área do Município no qual não há nenhum serviço administrativo, ou ainda, uma viatura em um depósito público por estar em desuso, serão bens desafetados de fim público.

Carvalho Filho define afetação e desafetação como:

“...fatos administrativos dinâmicos que indicam a alteração das finalidades do bem público. Se o bem está afetado passa a desafetado do fim público, ocorre a desafetação; se, ao revés, um bem desativado passar a ter alguma utilização pública, poderá dizer-se que ocorreu a afetação. Dessa maneira, pode conceituar-se a afetação como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração. E a desafetação é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior.⁴⁷”

Na lição de Mello, afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, ou seja, “como desafetação é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público”.⁴⁸

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1248.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1248.

⁴⁸ MELO, Marco Aurélio de. **Direito das Coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pg. 940.

Para Rosa, tal destinação é denominada de afetação e a retirada desta destinação é denominada de desafetação:

A afetação de bens a uso comum pode decorrer de fato natural (rios, mares), da própria natureza do bem (rodovias, estradas, praças e avenidas), de imposição legal ou de ato administrativo (que impõe a modificação de uso especial para o uso comum. A desafetação, porém, dependerá de lei ou de ato administrativo consequente de autorização legislativa. A modificação da destinação de um bem de uso comum ou especial para dominical também depende de lei e somente por exceção pode decorrer de um fato natural inteiramente estranho ao desejo do legislador e do administrador, como ocorre, por exemplo, quando de um desabamento com a destruição de determinado prédio público. Importante, porém, fixar que o não-uso não impõem a desafetação⁴⁹.

Gasparini chama a afetação de consagração ou destinação, já a desafetação ele também denomina desconsagração. Para o autor os bens pertencentes à categoria dos bens comuns e dos bens especiais estão consagrados a uma finalidade e os bens dominicais não estão consagrados a qualquer finalidade⁵⁰.

Di Pietro ensina que “afetação é o ato ou fato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público”. E ainda acrescenta:

Pelos conceitos de afetação e desafetação, verifica-se que uma e outra podem ser expressas e tácitas. Na primeira hipótese, decorrem de ato administrativo ou de lei; na segunda hipótese, resultam de atuação direta da Administração, sem manifestação expressa de sua vontade, ou de fato da natureza. Por exemplo, a Administração pode baixar decreto estabelecendo que determinado imóvel, integrado na categoria dos bens dominicais, será destinado à instalação de uma escola; ou de simplesmente instalar essa escola no prédio, sem qualquer declaração expressa. Em um e outro caso, o bem está afetado ao uso especial da Administração, passando a integrar a categoria de bem de uso especial. A operação inversa também pode ocorrer, mediante declaração expressa ou pela simples desocupação do imóvel, que fica sem destinação⁵¹.

Há ainda, posicionamentos divergentes quanto à forma de afetação, para Gasparini, “não é possível a afetação por um fato jurídico ou por um fato administrativo”. Para ele, a afetação se dá ou por ato administrativo ou por lei. E continua:

As operações de afetação e desafetação são da competência única e exclusiva da pessoa jurídica proprietária do bem, a quem também se reconhece a competência exclusiva para dizer se e quando um bem que integra seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado. Essas

⁴⁹ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 139-140.

⁵⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 880.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 636.

competências são expressões da autonomia que a Constituição outorgou a cada uma das entidades componentes da Federação no trato dos bens de sua propriedade.⁵²

Em sentido contrário é a lição de Carvalho Filho, para quem tanto a afetação, quanto a desafetação constituem fatos administrativos, acontecimentos ocorridos na atividade administrativa independentemente da forma com que se apresentam:

É irrelevante a forma pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. Relevante, isto sim, é ocorrência em si da alteração da finalidade, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha, e que na desafetação se dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem, que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente.⁵³

Anote-se que os bens de uso dominicais não estão afetados para a finalidade exclusiva pública, podem ser alienados por entidades de direitos privados bem como de direito público. Sendo assim, só o proprietário possui total condição de afirmar qual a finalidade específica do bem.

Baseado nos ensinamentos acima verifica-se que os bens públicos são um fator importante para o presente tema, a fim de se averiguar que tipo de destinação pode ser dado aos bens públicos, sendo possível, portanto, passar à análise da possibilidade da usucapião dos bens dominicais.

3 USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS

A problemática da possibilidade de usucapião de bens públicos dominicais, dominiais ou do patrimônio disponível do Estado, a depender da nomenclatura adotada pelo estudioso do Direito, divide opiniões.

Nesse ponto é mister ressaltar a importância da propriedade como direito humano se prende à função de amparo pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia de autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que

⁵² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 880.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1250.

exerce sobre a coisa.⁵⁴

Tais considerações são importantes porque os defensores da possibilidade de usucapião dos bens públicos dominicais destacam a necessidade de atendimento à função social, ou seja, consideram toda a evolução pela qual passou o direito de propriedade, já que na atualidade não se concebe que esta atenda apenas ao indivíduo e seus anseios. A propriedade deve atender a sua função social.

Cumprir trazer à baila, nesse ponto, os ensinamentos de Carvalho Filho, que ao tratar das características dos bens dominicais bem sintetiza:

Tradicionalmente, apontam-se as seguintes características para os bens dominicais: 1. Comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração; 2. Submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado⁵⁵.

Percebe-se, portanto, que os bens dominicais, ao contrário dos demais bens públicos, tem como destinação assegurar rendas ao ente público, ou seja, não tem um uso específico de interesse público ou de interesse geral, a exemplo do que ocorre com prédios públicos fechados, terrenos baldios, etc.

Segundo Souza e Murta, a discussão quanto à possibilidade de usucapião de tais bens está diretamente relacionada à noção de imprescritibilidade dos bens públicos. Logo, a usucapião, que nada mais é que a prescrição aquisitiva, não alcança os bens públicos por expressa determinação constitucional, tema inclusive sumulado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que decerto compromete a posse e a propriedade de imóveis públicos, ainda que a eles imprimam uma função social, pois se veem impedidos de adquirir a propriedade dos referidos bens por pertencerem à Administração Pública.⁵⁶

Decerto, a vedação constitucional à usucapião dos bens públicos tem por finalidade assegurar uma proteção especial a esta espécie de bens. Ora, esta proteção tem relação com a inalienabilidade que é a regra entre os bens públicos.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg. 179.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg.

⁵⁶ SOUZA, Izabel Cristina; MURTA, Soraia Monica Fonseca. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DESAFETADOS. **Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen**, v. 6, n. 6, 2015. pg. 226.

Assim, a disposição genérica trazida pela norma não significa a não aplicação a tais bens do princípio da função social.

Neste sentido são os ensinamentos de Farias e Rosenthal, que sobre a vedação da prescrição aquisitiva dos bens públicos enfatizam:

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.⁵⁷

A Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal dispõe que, “desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Vale lembrar que o Código Civil mencionado na Súmula é o Código Civil de 1916.

Carvalho Filho tem o seguinte entendimento a respeito da matéria:

É verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas de bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente esses estariam cumprindo a função social. Com a devida *venia*, não deve este pensamento prosperar, 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.⁵⁸

Percebe-se que a interpretação do autor é que os bens públicos presumidamente por serem bens públicos, já possui função social, e não seria possível serem usucapidos, a exemplo de uma praça pública.

Ocorre que os bens públicos, assim como os privados, devem atender ao princípio da função social, devendo este princípio ser exercido a todos. Entretanto, isto não ocorre com os bens públicos desafetados, que em sua grande maioria estão abandonados, sem uma função a ser exercida para o povo.

É evidente a configuração com a qual os bens públicos, principalmente os bens dominiais, têm sido aproveitados, o que fomenta discussões acerca do acolhimento ou não da destinação social prevista na Constituição da República de 1988.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg. 279.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 1254.

Segundo Rocha, o princípio da função social informa toda a relação jurídica de propriedade pública ou privada⁵⁹. É certo ter o citado princípio graus de eficácia distintos quando incide sobre uma relação jurídica de propriedade privada e quando incide sobre uma relação jurídica de propriedade pública, o que não significa, no entanto, que a relação jurídica de propriedade pública não sofra a influência, também, do princípio da função social.

Na mesma esteira a lição de Di Pietro, que sobre o tema pondera:

A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art. 183, § 3º), quer na área rural (art. 191, parágrafo único), com o que revogou a Lei nº 6.969/81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.⁶⁰

Não há como negar que a função social é, na atual ordem constitucional, um direito fundamental. Neste sentido questiona-se porque os bens públicos dominicais possuem tantos benefícios e se ao resguardar tais bens, exageradamente, não irá instigar o descaso do gerenciador, ao não se permitir, por exemplo, a usucapião.

Fortini chama atenção para o descaso do administrador público em se tratando de bens dominicais, a saber:

Se a inércia e descumprimento 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 forma seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social. [...] 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 jurídicas de direito público⁶¹.

Gasparini, por sua vez enfatiza a existência de bens dominicais que possuem uma função estratégica e importante⁶², como o caso dos terrenos de marinha, que são faixas de terra de 33 metros de profundidade, contados

⁵⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 153.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 641.

⁶¹ FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. Revista Brasileira de Direito Municipal RDM, Belo Horizonte. Fórum, v.5, n. 12, p. 113-122, abr./jun., 2004. pg. 120-121.

⁶² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 829.

horizontalmente, a partir da linha do preamar médio, para o interior das terras banhadas pelo mar sejam continentais, costeiras ou de ilhas, ou pelos rios e lagos que sofram a influência das marés, entendendo-se como tal a oscilação periódica em seu nível de águas, em qualquer época do ano, desde que não inferior a 5 centímetros, e decorrentes da ação das marés.

Mesmo em se tratando de terreno da marinha, a jurisprudência é divergente quanto à necessidade ou não de demarcação, questão que não será abordada dada sua complexidade.

Modernamente se tem assegurado a existência da propriedade como instituto político, mas o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no direito positivo, tudo para permitir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade.

Neste contexto se possibilita o desempenho da função econômico-social da propriedade, preconizada constitucionalmente, criando condições para que ela seja útil e produtiva, atendendo o desenvolvimento econômico e os reclames de justiça social. O direito de propriedade deve, ao ser exercido, conjugar os interesses do proprietário, da sociedade e do Estado, afastando o individualismo e o uso abusivo do domínio.

A Constituição brasileira determina que é garantido o direito de propriedade e que este direito atenderá a sua função social, conforme determina o art. 5º, incisos XXII e XXIII. O mandamento indica que o legislador não pode erradicar esse direito do ordenamento jurídico positivo. Pode, sim, definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica⁶³.

Ainda, a Constituição vigente reforça a ideia do exercício do direito de propriedade com a finalidade precípua de atingir a sua função social através de vários institutos, a exemplo do art. 182, § 4º, incisos I a III, que cria um dever, uma obrigação para o proprietário de um imóvel urbano em relação ao seu bem, deslocando a concepção do direito de propriedade como exclusivo conjunto de poderes sobre a coisa para compreendê-lo, também, sob a ótica de toda uma coletividade.

E ainda a propriedade rural, a teor do disposto no art. 186, incisos I a IV, deve preencher uma série de requisitos. Ou seja, não basta que a propriedade rural

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 840.

cumpra um desses elementos, é necessário que atenda a todos concomitantemente. Não requer, porém, que sejam eles observados sempre da mesma forma por todas as propriedades, por isso determina que os requisitos sejam cumpridos segundo critérios e graus de exigência estabelecidos.⁶⁴

A Constituição ainda estabelece, ao lado da desapropriação comum (por interesse social ou por necessidade ou utilidade pública), prevista no art. 5º, XXIV, outra espécie conhecida como desapropriação-sanção, efeito da desídia do proprietário do imóvel urbano (art. 182) ou do imóvel urbano (art. 184), por não estar a sua propriedade cumprindo a função social.⁶⁵

A respeito deste instituto, previsto no art. 182, § 4º, inciso III, Maluf ensina que a norma constitucional que traça a política urbana visa a forçar o proprietário a atribuir a seu bem destinação condizente com o interesse social urbano, devidamente estabelecida no Plano Diretor, coibindo a inércia do proprietário que, em prol da especulação imobiliária, nada faz para auferir de sua propriedade os bens inerentes ao exercício do domínio⁶⁶.

Também no art. 243 o constituinte estabelece a hipótese de expropriação, sem qualquer indenização, como sanção à infração cometida na gleba, consistente em cultura ilegal de plantas psicotrópicas. As glebas expropriadas serão destinadas ao cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. Tal medida tem por finalidade o combate ao narcotráfico.

Determina, de igual forma, que o abandono do proprietário também pode resultar na perda do domínio em decorrência de sua aquisição por outrem através do instituto da usucapião, previsto nos arts. 183 e 191 da Constituição.

Não é demais ressaltar que a expressão “função social” deriva do latim, *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade. Utiliza-se o termo função para exprimir a finalidade de um modelo jurídico, certo modo de operar um instituto, ou seja, o papel a ser cumprido por determinado ordenamento jurídico⁶⁷.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pg. 748

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pg. 748

⁶⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pg. 80.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg. 198.

Carvalho Filho, ao analisar tal princípio em face dos preceitos constitucionais, ensina da seguinte forma: “Essa visão, que leva em conta os relevantes interesses da coletividade, é que levou o constituinte a condicionar a propriedade ao atendimento da função social” (art. 5º, XXIII)⁶⁸.

Ao fazê-lo, veio a possibilitar que o Estado interviesse na propriedade sempre que esta não estivesse amoldada ao pressuposto exigido na Constituição. Sobre o interesse do indivíduo, entretanto, há de prevalecer o interesse público. Ademais, a Constituição inseriu a função social da propriedade como um dos princípios que regem a ordem econômica (art. 170, inciso III).

Neste dispositivo o legislador mais uma vez adota a propriedade como fator econômico, mas a depender do atendimento da função social, tornando este elemento superior àquele.

A função social consiste, portanto, no reconhecimento de parte de todo titular do domínio de que, por ser um membro da comunidade, tem direitos e obrigações com relação aos demais membros da sociedade, de maneira que, se ele pôde chegar a ser titular da propriedade, tem a obrigação de respeitar os direitos dos demais sujeitos, que consiste em não praticar nenhum ato que possa impedir ou obstaculizar o bem da comunidade.

Partindo desse pressuposto é possível entender que o princípio da função social consiste na obrigação condicionante do exercício da propriedade a interesses que vão além da vontade do proprietário, de modo a satisfazer indiretamente as necessidades dos demais membros da comunidade.

Corroborando com esse entendimento a lição de Bulos⁶⁹:

Função social da propriedade é a destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público. Seu objetivo é otimizar o uso da propriedade, de sorte que não possa ser utilizada em detrimento do progresso e da satisfação da comunidade. Foi com base nessa ideia que a Constituição de 1988 assegurou que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º XXII). A propósito, o constituinte mencionou quatro vezes a locução “função social da propriedade” (arts. 5º, XXIII, 170; 182 § 2º; e 186, caput). Pretendeu enfatizar que a propriedade não é mero direito privado, e sim uma instituição voltada ao cumprimento de uma função social.

Nesse sentido, tornam-se salutares os ensinamentos do francês Léon

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 844.

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pg. 592.

Duguit (*apud* MALUF, 2011, p. 60), consagrado publicista que melhor despertou a atenção para as transformações que vinham se processando no direito de propriedade, para quem o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar o seu bem na satisfação de necessidades comuns de uma coletividade nacional.

Segundo Duguit, em relação à propriedade, destaca a sua dupla função: de um lado, o proprietário tem o dever e o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e especialmente nas suas próprias, de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Por outro lado, o proprietário tem o dever e, por conseguinte, o poder de empregar a sua coisa na satisfação de necessidades comuns, de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias.⁷⁰

Borges enfatiza que “direito de propriedade é faculdade que uma pessoa tem de dispor de uma coisa como própria, com o dever correlato de utilizá-la conforme o exigir o bem-estar da comunidade”⁷¹.

Na mesma esteira é a lição de Rocha, destacando a função social da propriedade poder ser concebida como um dever-poder do proprietário de exercer o seu direito de propriedade sobre o bem em conformidade com o fim ou interesse coletivo⁷².

Carvalho Filho, ao comentar o conceito de função social, defende que é evidente que a noção de função social traduz conceito jurídico aberto ou indeterminado⁷³. No entanto, ele lembra que a Constituição enumerou certos parâmetros para dar alguma objetividade a esta noção.

A Constituição caracterizou a função social da propriedade urbana, relacionando o acolhimento do princípio da função social às reivindicações básicas de ordenação da cidade fixadas no plano diretor (art. 182, § 2º), da propriedade rural, o princípio fica atrelado aos fatores de aproveitamento e uso racional e adequado da

⁷⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pg. 60.

⁷¹ BORGES, Antônio Moura. **Usucapião: capítulo especial sobre prescrição e decadência**. Campo Grande: Editora contemplar, 2010. pg. 09.

⁷² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 72.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 844.

propriedade, de modo que a exploração venha a favorecer o bem-estar de proprietários e trabalhadores, a preservação do meio ambiente e o respeito às relações de trabalho (art. 186).

Logo, como não existe propriedade como concepção de direito para o homem só, isolado em uma ilha, não existe propriedade, como entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente. A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual.⁷⁴

Assim, com a previsão constitucional do princípio da função social da propriedade, a maneira de entender o já conhecido *jus utendi* (direito de usar), *jus fruendi* (direito de gozar) e *jus disponendi* (direito de dispor) foram modificados.

Segue esse raciocínio Rocha, no sentido de que:

[...] não há interesse público, genérico ou específico, que justifique a insubmissão da classe de bens dominicais a todos os efeitos do princípio da função social, diante da semelhança que eles guardam com os bens privados. O qualificativo público, no caso dos bens dominicais, não produz a consequência de os subtrair dos efeitos da posse prolongada, pois o público, decorrente da qualidade ostentada pelo titular, não traduz interesse, passível de ser protegido, superior ou melhor do que o interesse comportado pelo princípio da função social da propriedade.⁷⁵

O regime jurídico diferenciado dos bens públicos, ao que parece, visa dar proteção a um interesse maior, qual seja, o interesse público. Assim, se os bens dominicais não são voltados a um fim próprio, fica difícil falar em interesse público e, como consequência, em atendimento a uma função social. Bom exemplo para ilustrar estes fatos é o das terras devolutas, ou seja, as terras existentes no território brasileiro, que não se incorporaram legitimamente ao domínio particular, bem como as já incorporadas ao patrimônio público, porém não afetadas a qualquer uso público.⁷⁶

Todo este debate diz respeito ao fato dos bens ditos dominicais não possuírem finalidade pública específica e receberem o tratamento dos bens que têm tal finalidade (bens comuns e bens especiais), logo:

Os bens dominicais são bens não afetados a um destino comum ou especial.

⁷⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direitos reais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pg. 179.

⁷⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 153.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pg. 626.

Eles configuram objeto de um direito real de propriedade, como os bens de propriedade dos particulares. O que os diferencia dos bens de propriedade particular é apenas o titular que, no caso dos bens dominicais, é o Poder Público. Estes bens, como dito, não estão destinados a atender qualquer fim comum ou específico público que os imunize da incidência do princípio da função social contido na Constituição e os subtraia dos efeitos da posse prolongada exercida por outro.⁷⁷

Os bens públicos, em todas as suas classificações, não são passíveis de usucapião, independentemente da destinação social ser dada ou não, como pode ocorrer com os bens públicos dominicais. Porém o particular, que exerça seu domínio sobre a propriedade com desleixo, pode ver este direito ser abarcado por outrem, que faça esta propriedade cumprir melhor a sua função social. Entretanto o Poder Público, eventualmente não acomode o exercício da função social aos bens que estão sob sua propriedade, afronta não somente este princípio, mas também ao interesse público, que espera sempre que satisfaçam ao bem comum.

Corroboram este entendimento, de que aos bens públicos é imperioso o cumprimento da função social, os ensinamentos de Fortini:

A Constituição da República não isenta os bens públicos do dever de cumprir a função social. Portanto, qualquer interpretação que se distancie do propósito da norma constitucional não encontra guarida. Não bastasse a clareza do texto constitucional, seria insustentável conceber que apenas os bens privados devam se dedicar ao interesse social, desonerando-se os bens públicos de tal mister. Aos bens públicos, com maior razão de ser, impõe-se o dever inexorável de atender à função social⁷⁸.

Porém, como bem lembra Carvalho Filho⁷⁹, são exatamente os bens dominicais que mais sofrem ataques dos particulares e dos próprios gestores públicos, ímprobos, que deixam de zelar pelo patrimônio público.

É de difícil compreensão mesmo acontecendo estas situações, que não serão pungidos os entes públicos, sobre o seu descaso com aquilo que é do povo, por não organizarem políticas que efetivem a função social da propriedade pública.

Rocha apresenta a seguinte solução para o problema apresentado:

Enquanto o princípio, a função social da propriedade é princípio-garantia (art. 5º, XXIII) e princípio político conformador da organização econômico social do Estado (arts. 170, III, 182, § 2º e 186) e como tal fornece diretrizes de

⁷⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 152.

⁷⁸ FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. Revista Brasileira de Direito Municipal RDM, Belo Horizonte. Fórum, v.5, n. 12, p. 113-122, abr./jun., 2004. pg. 117.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pg. 844.

interpretação das outras normas constitucionais. Assim, as regras constitucionais que proíbem o usucapião de bens públicos (art. 183, § 3º, e 191, parágrafo único da Constituição Federal) devem ser interpretadas e compreendidas à luz do princípio da função social da propriedade, que, como visto, informa, também, a propriedade pública⁸⁰.

Sobre esta disposição da lei os doutrinadores Farias e Rosenvald apresentam a seguinte análise:

Por fim, o art. 102 do Código Civil adverte que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião. O legislador foi radical ao deixar claro que a impossibilidade de usucapião atinge todos os bens públicos, seja qual for a natureza ou finalidade. A nosso viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse e, e última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, posto dotados de alguma função social. Porém, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos: sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembramos que, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.⁸¹

Por estes motivos, os arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único da Constituição, bem como o art. 102 do Código Civil deveriam ganhar interpretação segundo a Constituição e de acordo com o princípio da função social da propriedade, sob a ótica dos autores supracitados, separando os bens públicos em formalmente públicos e materialmente público, sendo o último capaz de ser usucapido.

Esta separação se faz necessária, com o intuito de fornecer uma leitura compatível e ordenada dos dispositivos constitucionais, podendo assim, os bens dominicais serem passíveis de usucapião, aplicando de forma igual à propriedade privada o princípio da função social da propriedade aos bens públicos dominicais.

Não se pode negar, porém, que há bens dominicais que o gerenciador dispensou de efetuar destinação devida, permitindo que o administrador com desleixo diante das normas constitucionais, que resguardam o direito de propriedade e atrelam

⁸⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 153.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg. 198

o exercício deste direito à sua função social.

Também é mister destacar que em tratando dos bens dominicais, o Código Civil determina a aplicação do regime jurídico de Direito Privado, autorizando, por exemplo, a alienação.

Por isso Souza e Murta defendem a possibilidade de usucapião de tais bens, pois ao determinar a aplicação do regime jurídico de Direito Privado os bens dominicais podem ser alcançados pelos institutos regulamentados por este ramo do Direito. Acrescenta os autores que se faz necessário que o interessado dê ao imóvel uma função social, cabendo ao julgador, na análise do caso concreto, averiguar a pertinência, necessidade e proporcionalidade do meio empregado. Em suma, para eles, dada função social aos bens públicos dominicais, nada impede seja o mesmo usucapido⁸².

Vê-se, portanto, que além da questão da função social, há de se atentar para o regime jurídico que norteia os bens dominicais, pois só assim é possível refletir sobre a usucapião de tais bens.

Em que pesem tais considerações, a jurisprudência oscila quanto à possibilidade de usucapião dos bens dominicais, encontrando-se decisões que reconhecem tal possibilidade e também aquelas que ressaltam não serem os bens públicos dominicais passíveis de usucapião, por serem, antes de qualquer coisa, bens públicos.

É o que se extrai da decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. BEM DOMINICAL. BEM PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. A certidão do 1º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo esclarece que o imóvel é objeto de transcrição em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na condição de sucessor do INPS.

2. O compromisso de compra e venda celebrado pelo INPS com terceiros não tem o condão de transferir a propriedade do bem imóvel (CC de 1916, art. 533). 3. A circunstância de se tratar de bem dominical não afasta a natureza de bem público, não sujeito a usucapião (CR, arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único). Nesses termos, a Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal. 4. Não merece reparo a sentença recorrida, que em face da impossibilidade jurídica do pedido, extinguiu a ação de usucapião com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 5. Apelação não provida (SÃO PAULO, 2015).

⁸² SOUZA, Izabel Cristina; MURTA, Soraia Monica Fonseca. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DESAFETADOS. *Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen*, v. 6, n. 6, 2015. pg. 227.

Em sentido contrário se encontra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, a qual destaca que, autorizada a desafetação do bens, não há mais que se falar em bem público:

APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS - ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL – IMÓVEL FINANCIADO PELA AGEHAB – QUITAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - havendo lei prévia autorizando a desafetação do bem público, bem como diante da quitação do financiamento do imóvel outorgada pela autarquia, não há que se falar em bem público, haja vista a descaracterização ocorrida.

II – Os requisitos para a caracterização da aquisição prescritiva carecem de instrução adequada para sua comprovação (MATO GROSSO, 2015.)

Resta claro que a questão é complexa e controvertida, sendo mister, contudo, analisar a possibilidade de usucapião à luz do princípio da função social da propriedade, posto que o administrador, assim como o particular, deve arcar com os ônus de não atribuir à propriedade uma função social, perdendo-a pela usucapião se preenchidos os requisitos legais.

CONCLUSÃO

A usucapião, conforme demonstrado, consolida-se como importante meio de aquisição de propriedade e de efetivação do constitucional direito à moradia, sendo também ferramenta apta a garantir a dignidade da pessoa humana, ao passo que prioriza aqueles que conferem a propriedade relevante função social em detrimento dos que apenas possuem o título, porém são negligentes no que diz respeito aos cuidados.

Constatou-se, ainda, que a aquisição pela prescrição, ou seja, a usucapião está diretamente relacionada à função social da propriedade, o que decorre de toda a evolução pela qual passou este direito, não mais tido como absoluto, regra esta constitucionalizada, tanto que o legislador estabelece várias formas de perda de propriedade pelo não atendimento à sua função social.

A propriedade não é mais absoluta como outrora. Necessário se faz que sua utilização obedeça a normas de caráter público e que esta cumpra sua função social. Tal afirmação decorre do fato de que os bens particulares não podem ser

utilizados pelo proprietário sem a observância das normas que circundam o seu direito.

Ao ocorrer tal relativização, a propriedade individual molda-se aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, que inserem em nosso sistema jurídico uma nova lógica que gira em torno do ser humano e não mais em torno do patrimônio. O proprietário se sujeita a esse novo contorno, que abre espaço para que institutos como posse e usucapião sejam ferramentas para implementar a função social da propriedade a fim de possibilitar o mínimo existencial.

Porém, em se tratando de bens públicos, a questão é mais complexa, uma vez que, a Constituição veda a usucapião de bens públicos.

Isso se deve, em grande parte, ao entendimento de que os bens públicos, por si só já possui função social. Porém, tal entendimento vai ao encontro do consagrado na Constituição de 1988, pois a função social é cláusula pétrea, e todos (particulares e entes-públicos) devem exercer a fim de ser atendido outro princípio, o do interesse público.

A Constituição de 1988 resguardou a propriedade, como um direito fundamental; e, ainda, o Estado, por meio de programas de incentivo a facilitação da aquisição a propriedade, visa assegurar que esta atenda ao seu fim precípua, sob pena de perda deste direito.

Procurando assim facilitar a aquisição da propriedade, a vedação quanto aos bens públicos desafetados soa como contraditório a todo este incentivo à aquisição da propriedade.

Ora, a propriedade tem que ser vista como um direito a ser alcançado a todos, tendo o Estado o dever de criar “meios” para sua aquisição, direito este que não será absoluto, mas sempre condicionado ao princípio da função social da propriedade.

Se não se trata de um direito absoluto, como pode o Estado, através dos bens desafetados, ou seja, bens públicos dominicais, deixar de cumprir o princípio da função social e o do interesse público. Na verdade não há permissão para tal prática. Logo, art. 183, § 3º da Constituição, excluindo a aquisição de usucapião por bens

públicos em geral, incluindo os dominiais, está afrontando principalmente o princípio da função social.

Afim de que seja aplicada uma justiça social, tendo um entendimento que seja condizente com a Constituição de 1988, é necessário que haja uma modificação na vedação de usucapião no tocante aos bens públicos desafetados.

Destarte, finaliza-se este estudo reafirmando a necessidade, por parte do legislador, da disciplina de mecanismos capazes de proporcionar equilíbrio e, por conseguinte, a solução de conflitos relativos à aquisição da propriedade pela prescrição, no que tange os bens públicos dominiais, sob pena de se consagrar injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Vol. I. conselho editorial- Senado Federal, Brasília, 2003.

BORGES, Antônio Moura. **Usucapião**: capítulo especial sobre prescrição e decadência. Campo Grande: Editora contemplar, 2010.

BRASIL. **Lei 10.406, de 1º de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (2001a)**: Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001 (2001bb)**: Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. Revista Brasileira de Direito Municipal RDM, Belo Horizonte. Fórum, v.5, n. 12, p. 113-122, abr./jun., 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5.

HARGER, Marcelo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, **Apelação Cível nº 08030225220128120018 MS 0803022-52.2012.8.12.0018**, Desembargadora Tania Garcia de Freitas Borges, Primeira Câmara, publ. 05 nov. 2015. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/252932966/apelacao-apl-8030225220128120018-ms-0803022-5220128120018>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Marco Aurélio de. **Direito das Coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Estatuto das Cidades comentado**. Disponível em: <www.linhares.es.gov.br/pgp/Downloads/Modulo_III_O_Estatuto_da_Cidade.pdf> acessado em: 20 nov. 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 4.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a, v. 1.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b, v. 2.

ROCHA, Lucas Furtado. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 11590 SP**

0011590-85.2000.4.03.6100, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, Quinta Turma, julg. 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25361214/apelacao-civel-ac-11590-sp-0011590-8520004036100-trf3>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SILVA, Geyson Gonçalves de. Os contornos contemporâneos da propriedade urbana e a concessão de uso especial para fins de moradia. **Cadernos de Pesquisa em Direito**. Florianópolis: CESUSC, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Izabel Cristina; MURTA, Soraia Monica Fonseca. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DESAFETADOS. **Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen**, v. 6, n. 6, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo regimental no recurso especial: AgRg no REsp 611577 RS 2003/0213141-6**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julg. 20 de nov. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22817826/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-611577-rs-2003-0213141-6-stj#!>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direitos reais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.