

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL II**

**ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR**

**ZULMAR ANTONIO FACHIN**

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

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

---

D597

Direito civil constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-697-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL II

---

### **Apresentação**

Frutos de estudos aprovados para o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Porto Alegre, RS, entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos de Direito Civil Constitucional.

Na coordenação das apresentações do GT "Direito Civil Constitucional II", pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem este livro, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Dentre os artigos selecionados, observamos a seleção de temas relevantes como a responsabilidade civil, o direito à liberdade de expressão versus direito à intimidade, e artigo referente ao sempre importante tema sobre a teoria das incapacidades.

Abordados assuntos inovadores e ainda pouco explorados pela doutrina civil constitucional, como o direito ao esquecimento, o direito ao sossego, as Diretivas Antecipadas de Vontade (testamento vital e mandato duradouro), bem como o tema Herança Digital.

Por fim, e não menos importante, foram apresentados trabalhos relativos a grandes temas da área, como usucapião de bem público, registro Torrens, função social do contrato, o planejamento estratégico do direito como instrumento apto a viabilizar segurança jurídica nas empresas, planejamento sucessório e desconsideração da personalidade jurídica,

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin – UNICESUMAR

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO**  
**PUBLIC GOOD USUCAPTION**

**Marcus Vinicius Pinto Santos**  
**Aylle de Almeida Mendes**

**Resumo**

Questiona e analisa a legitimidade do entendimento favorável à possibilidade da usucapião de bem público, como forma de promoção do princípios da função social da posse e da propriedade. É levantado o questionamento se, diante do sub-aproveitamento do patrimônio imobiliário do Estado e, por outro lado, do adverso quadro de elevado índice de falta de moradia de boa parcela da população brasileira, seria juridicamente admissível relativizar a regra da imprescritibilidade absoluta dos bens imóveis públicos a fim de se promover o cumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade.

**Palavras-chave:** Usucapião, Bem público, Função social

**Abstract/Resumen/Résumé**

It questions and analyzes the legitimacy of the favorable understanding of the possibility of usucapião of public good, as a way of promoting the principles of the social function of ownership and ownership. The question is raised whether, in view of the sub-approval of the State's real estate assets and, on the other hand, of the adverse situation of a high rate of homelessness for a good portion of the Brazilian population, it would be legally permissible to relativize the absolute imprescritibility rule public buildings in order to promote compliance with the constitutional principle of the social function of property.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Usucaption, Public good, Social function

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a proposta de se mitigar a regra constitucional do absolutismo dos bens públicos como meio de se assegurar a efetividade do princípio da função social da posse e da propriedade, figuras jurídicas que são tão festejadas -e fundamentais para a construção do novo Direito Civil Constitucional

A exposição do assunto aqui proposto gravitará em torno da análise da lisura e legitimidade da aquisição da propriedade dos bens públicos dominicais pela posse prolongada no tempo através das hipóteses de usucapião que respaldam o cumprimento da função social de tais bens e da dignidade humana na qual se tem a pesquisa bibliográfica como metodologia adotada.

O objetivo deste trabalho é analisar a legitimidade da usucapião sobre terras públicas improdutivas e desprovidas de finalidade coletiva, como corolário dos princípios constitucionais da função social da posse e propriedade e da dignidade humana.

Vem ganhando projeção na doutrina e na jurisprudência o posicionamento jurídico no sentido de admitir em algumas situações a usucapião sobre bens públicos como corolário da efetividade da função social da posse e da propriedade, bem como em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Apesar de algumas espécies de usucapião terem cunho eminentemente social, tal entendimento não faz distinção sobre as mesmas, de forma que a proposta sugere o acatamento da incidência da aquisição da propriedade pela posse prolongada no tempo em todas as modalidades de usucapião e não apenas nos tipos coletivo e constitucional, que, claramente, incorporam muito mais os ideais de função e justiça sociais.

No tocante ao entendimento jurisprudencial, relativamente à posse de bens públicos, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacificado de que eventual ocupação de bens públicos pode originar, no máximo, uma situação de detenção. A jurisprudência não poderia assumir concepção diversa, tendo em vista a sucessão de dispositivos constitucionais e legais expressos no sentido da inadmissão absoluta de usucapião de bens públicos. É de se fazer a ressalva, entretanto, que já foram proferidas decisões judiciais favoráveis à usucapião sobre bens públicos, inclusive reforçadas pelo posicionamento partidário do Ministério Público, ambos fundamentados no princípio da função social da posse e da propriedade. É oportuno, também, fazer menção ao fenômeno do ativismo judicial que, não raras as vezes, relativiza texto expresso na Constituição Federal de 1988 com o argumento de dar efetividade a princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Portanto, diante da magnitude dos interesses envolvidos em tal tema e das constantes mudanças de paradigmas no ordenamento jurídico, fruto da atual fase pós-positivista do Direito, torna-se necessário trazer tal assunto à discussão a fim de que possam ser extraídas as propostas que sejam mais compatíveis com a Carta Magna de 1988.

## **2 BENS PÚBLICOS E FUNÇÃO SOCIAL**

O déficit habitacional no Brasil é evidente; último levantamento realizado pela Fundação João Pinheiro revela que o déficit habitacional do País passou dos 9,0% (6 milhões e 68 mil moradias em termos absolutos) registrados em 2014 para 9,3% (6 milhões e 355 mil) em 2015. Os dados foram disponibilizados na Plataforma FJP Dados da Fundação João Pinheiro no dia 11 de abril de 2018. Os resultados mostram que o déficit habitacional, em 2015, corresponde a 6.355.743 milhões de domicílios, o que representa 9,3% dos domicílios particulares permanentes e improvisados.<sup>1</sup>

É notória a situação adversa de milhares de pessoas e de famílias brasileiras. O acesso à casa própria, devidamente regularizada, é algo distante para boa parte da população brasileira que possui, geralmente, baixa escolaridade e baixa remuneração e, conseqüentemente, tem dificuldades muito maiores para a aquisição de propriedade imobiliária devidamente regularizada. Estimulada por essa situação de carência, de necessidade e movida até pelo instinto humano de sobrevivência, boa parte dessa população necessitada se vê compelida à busca por abrigo e proteção, e, dessa forma, passa a ocupar e permanecer nos espaços físicos que encontram nos quais conseguem vislumbrar um mínimo de estabilidade e bem-estar. Essas pessoas se amontoam e se estabelecem nesses locais ao longo do tempo sem terem meios e recursos para se preocuparem com a regularidade ou irregularidade da situação na qual estão inseridos.

Infelizmente, tais ocupações, perante o Direito, muitas vezes revelam-se situações irregulares e dificilmente teriam o condão de serem convalidadas ao longo do tempo; isso porque, na maior parte dos casos, tais assentamentos se dão em áreas públicas que são dotadas de regime jurídico diferenciado e proteção constitucional praticamente absoluta, não sendo possível a aquisição da propriedade de tais bens públicos pela posse prolongada no tempo (usucapião).

---

<sup>1</sup> obtido em <http://fjpdados.fjp.mg.gov.br/deficit/>. Acesso em 22/06/2018.

O direito à propriedade imobiliária é um dos direitos fundamentais de maior importância dentre todos os previstos na Constituição Federal de 1988; grande parcela dos interesses de vida da população e da economia do País giram em torno da aquisição, manutenção e negociação de direitos relativos à propriedade imobiliária; pode-se afirmar que um dos principais objetivos de grande maioria dos trabalhadores é a aquisição da sonhada casa própria; além disso, há toda uma cadeia econômica e produtiva que é movimentada graças ao direito de propriedade imobiliário.

Não é exagero dizer que o fundamento de todas as riquezas do planeta são fundamentadas no direito à propriedade imobiliária; isso porque todo o patrimônio material vem da terra, todos os bens provêm, ou pelo menos tem a sua origem mais remota, na propriedade imobiliária; isso revela quão estratégico e quão poderosos são os bens imóveis para todas as funções e competências: desde a produção de riquezas até a defesa do seu próprio território.

É nítido o propósito do Estado bem como do constituinte de proteger e “blindar” o patrimônio público e, principalmente, o imobiliário. Quando qualquer texto normativo que dispõe sobre a disponibilidade e onerabilidade do patrimônio público, é possível perceber que há sempre um regime jurídico diferenciado e uma forma de disposição específica do mesmo, bem mais endurecida e burocrática do que ocorre com os bens privados; e é natural e legítimo que seja assim, tendo em vista que o patrimônio público, teoricamente, sendo um bem pertencente a todos, representa o interesse da coletividade.

Atento à magnitude de tal direito, o Estado Brasileiro não demorou a editar repetidas normas que determinassem a impossibilidade de apropriação de tal riqueza pelo particular através da posse prolongada no tempo. Como não poderia ser diferente, é nítida a atenção especial dada pelo Estado a tal tema ao positivizar normas que protegessem o seu patrimônio mais indispensável. Desde a vigência do Código Civil de 1916, restou-se impossibilitada a aquisição de propriedade de bens públicos. Em decorrência dessa norma, o Supremo Tribunal Federal (STF), reforçando a proibição da mesma, editou a súmula 340 na qual reitera-se a imprescritibilidade aquisitiva de bens públicos, sendo ainda expressa ao incluir os bens dominicais ou quaisquer outros, ainda que não detenham nenhuma destinação. A Constituição Federal de 1988 intensificou ainda mais a proteção à regra da imprescritibilidade dos bens públicos ao dispor, repetidamente, tanto no capítulo da Política Urbana quanto no da Política Agrícola e Fundiária, respectivamente, no parágrafo 3º do artigo 183 e no parágrafo único do artigo 191, que os bens imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. A Constituição Federal, ao prescrever a imprescritibilidade de todos os bens públicos imóveis, em tal ponto, é



mais específica que o Código Civil de 2002 que traz expressamente e de forma mais ampla a imprescritibilidade de todos os bens públicos e não só dos bens imóveis. Percebe-se que a Constituição Federal deu uma ênfase especial ao patrimônio imobiliário por ter sido expressa e repetitiva na proteção dos bens imóveis públicos.

É lição básica do Direito o regime jurídico diferenciado dos bens públicos que incorpora nestes os atributos da inalienabilidade, não onerabilidade e imprescritibilidade. Atualmente, a característica da inalienabilidade já vem sendo denominada como “inalienabilidade condicionada”, tendo em vista que há situações nas quais é possível a alienação de bem público, após o regular processo de desafetação do mesmo; tal não ocorre com relação à imprescritibilidade, pois, ainda que o bem público esteja desprovido de qualquer destinação pública, não será possível a sua aquisição através da usucapião.

Dessa forma, é evidente a intenção do constituinte no sentido de se conferir a máxima proteção possível ao patrimônio imobiliário do Estado, tendo em vista a singular relevância do mesmo; entretanto, apesar do vigor de tal comando constitucional, é preciso destacar a existência de outras determinações constitucionais que podem incompatibilizar-se com o absolutismo do direito incondicionado de propriedade do Estado; está-se falando aqui dos princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. O cumprimento, ou a sua falta, da função social da propriedade imobiliária questiona sobre até que ponto seria absolutamente inflexível a regra da absoluta imprescritibilidade dos bens públicos.

Esse absolutismo da propriedade imobiliária do Estado é consagrado em diversos dispositivos legais e constitucionais, além da súmula nº 340, expressa nesse sentido, editada pelo Supremo Tribunal Federal; entretanto, não contrapondo-se à tese da absoluta integridade da propriedade imobiliária estatal, tem-se o fato de a Constituição Federal consagrar o direito de acesso facilitado à moradia, até mesmo como forma de se promover a dignidade humana. A circunstância de o Estado ser titular de forma ampla e irrestrita de vastíssimo patrimônio imobiliário, de forma alguma, se traduz num fato ilícito ou ilegítimo. A questão relevante que se decorre disso é saber se a figura estatal também se enquadra dentre aqueles que estão obrigados a dar às suas respectivas propriedades uma finalidade vinculada, de alguma forma, ao interesse coletivo; ou seja, se por um lado existe o Estado, detentor de inúmeras propriedades imobiliárias, que, muitas vezes, são desprovidas de qualquer destinação social, por outro lado, há o cidadão que não tem o seu direito de propriedade, que é constitucionalmente assegurado, em função, muitas vezes, da extrema dificuldade de acesso ao mesmo; em termos mais simples e diretos, inúmeros brasileiros não têm a sua moradia em

razão da falta de condições sociais, econômicas e financeiras para tanto, além do extremo rigor e dificuldade existentes no acesso aos mesmos. E, diante dessa realidade de carência de moradia, seria possível, de alguma forma, como um mecanismo de promoção dos princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana, o aproveitamento de patrimônio disponível do Estado como meio de se sanar parcela de tal realidade tão adversa?

Apesar desse engajamento específico na proteção do seu patrimônio imobiliário, no decorrer dos tempos, de uma forma ou de outra, sempre houve certa intenção do Estado Brasileiro em desenvolver mecanismos que, de alguma maneira, facilitasse o acesso à posse e propriedade imobiliária urbana e rural. O amplo acesso ao direito de propriedade imobiliária representa fator positivo para o País, pois movimentada a economia, fomenta a ocupação, possibilitando um maior controle do imenso território brasileiro, reduz a marginalização e diversos outros problemas sociais decorrentes da falta de abrigo e proteção proporcionadas pela moradia e etc. Ciente disso, o constituinte de 1988 positivou duas modalidades de usucapião que satisfizessem, respectivamente, o direito à moradia e o direito de acesso à pequena propriedade rural. Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, no ano de 2001, foi promulgada a Lei Federal 10.257 (Estatuto das Cidades) que positivou modalidade de usucapião, com alcance social ainda maior do que as espécies trazidas por aquela; trata-se da usucapião coletiva que tem como principal finalidade a regularização fundiária das áreas urbanas ocupadas por número considerável de pessoas, as assim denominadas “favelas”. São vários os potenciais benefícios advindos dessa modalidade de usucapião tendo em vista que os seus ocupantes passam a ter uma integração muito maior com a comunidade e com Município no qual estão inseridos, passando a ter um maior acesso ao crédito e à prestação de serviços públicos, além do fato de a propriedade regularizada ter uma aceitação e um valor econômico muito maiores no mercado imobiliário.

A aquisição do direito de propriedade através de tais mecanismos se condiciona ao preenchimento de alguns requisitos e se sujeita a algumas vedações. Dentre essas proibições, a mais intransponível é aquela decorrente da regra constitucional que impede que os processos de usucapião tenham como objeto os bens imóveis públicos; entretanto, norma constitucional de igual hierarquia àquela que impinge a imprescritibilidade aos imóveis públicos condiciona o exercício do direito de propriedade imobiliária ao correspondente cumprimento de função social pelo mesmo. Dessa forma, a indagação que começa a ganhar corpo e forma é a de se esclarecer se o Estado, diante da incontestável legitimidade social de tais modalidades de usucapião, também estaria incluído dentre os demais titulares de direito cujas propriedades imobiliárias estão sujeitas ao cumprimento de alguma destinação social.

### 3 USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO

Corrente ainda minoritária na doutrina capitaneada por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves entende que, sendo o Estado negligente em cumprir o preceito legitimador do seu direito de propriedade, que é dar destinação social ao mesmo, torna-se possível a mitigação da regra da imprescritibilidade dos bens públicos como corolário dos princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal consagra o direito fundamental à propriedade sendo este a garantia ao seu titular do livre exercício dos direitos inerentes à posse e o direito à moradia como a facilitação por parte do Estado à aquisição da casa própria para todos aqueles que desse amparo necessitem. No Brasil, não há como ignorar os inúmeros casos de ocupações de áreas públicas pela população mais carente; tais apropriações são provocadas pelas mais diversas razões e condições, dentre elas, está o próprio instinto humano de sobrevivência do indivíduo que busca um espaço físico com um mínimo de estrutura e proteção no qual ele possa se estabelecer e viver.

No Brasil, no decorrer dos tempos, houve iniciativas e mecanismos legislativos, ainda que limitados pelos mais diversos motivos e circunstâncias, no sentido de se tentar promover uma equilibrada e equitativa distribuição de posse e até mesmo da propriedade de parcela de suas de suas terras devolutas; isso porque a regular distribuição, ocupação e detenção de terras públicas dominicais é, de certa forma, uma circunstância até vantajosa para o Estado, pois promove a ocupação do território brasileiro, fomenta a produção e atividade econômica que movimentam a economia e gera tributos, reduz a marginalidade e diversos outros problemas sociais decorrentes, em muitos casos, da falta de moradia e de trabalho. Mecanismos como a legitimação de posse, concessão de direito real de uso e de moradia e a própria usucapião sempre tiveram, como um dos seus objetivos, promover o assentamento e a ocupação do território brasileiro, fomento da economia local e sua consequente geração de renda e tributos.

O instituto da usucapião, com o passar dos tempos, vai sendo aperfeiçoado e moldado para se adequar aos interesses da população e do Estado. Cada vez mais, vem sendo abrandada a regra do absolutismo da propriedade privada para dar espaço ao princípio da função social da propriedade e da posse. É possível perceber tais mutações e mitigação do absolutismo da propriedade privada até através de comparação dos prazos de posse exigidos para a aquisição da propriedade através da usucapião extraordinária, que era de 20 anos no

Código Civil de 1916 e foi reduzido para até 10 anos (se houver destinação social do bem) no Código Civil de 2002.

Na Constituição Federal de 1988, ao analisar os requisitos da usucapião especial nela previsto, é possível perceber uma atenção específica a tal instituto, tendo em vista que as exigências são mais restritas do que a usucapião extraordinária e usucapião ordinária. A usucapião especial prevista na CF/1988 pode ter como objeto bens imóveis urbanos ou rurais. Essa prescrição aquisitiva sobre imóveis urbanos é também denominada “pró moradia”; e a sobre imóveis rurais, “pro labore”; como a própria denominação já define, o primeiro tem por objetivo garantir o direito à moradia já estabelecido no bem e o segundo, o direito à propriedade da pequena propriedade de subsistência em função da produtividade gerada pela mesma. É nítido, portanto, o cunho social dessas espécies de usucapião constitucionalmente previstas. A CF/1988, porém, proíbe expressamente que tal processo de aquisição da propriedade pela posse prolongada no tempo tenha como objeto bens públicos.

O Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, também dispôs sobre a usucapião pro moradia positivando no seu artigo 9º praticamente o mesmo texto correspondente do previsto na CF/1988 no seu artigo 181; uma diferença, entretanto entre os textos dos dois diplomas normativos é a de que o Estatuto da Cidade abrange “área” ou “edificação”, enquanto a CF/1988 só faz menção à “área”. É aceitável que a redação legal seja mais abrangente e especifica que a constitucional até mesmo pelo fato de a CF/1988 ser um documento que constitui uma sociedade e não tem nem a pretensão de regulamentar detalhadamente nenhuma matéria específica; diferente do Estatuto da Cidade que tem a finalidade de estabelecer diretrizes gerais da política urbana(até pela própria denominação do estatuto é possível identificar tal objetivo).

O artigo 10 do Estatuto da Cidade dispõe sobre a usucapião coletiva que tem como principal objetivo a regularização das ocupações irregulares nas áreas urbanas das cidades. Eis o teor do artigo 10 no qual está previsto tal instituto:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

O dispositivo acima recebeu uma alteração recente promovida pela vigência da Lei Federal nº 13.465/2017 que trouxe uma restrição na dimensão da área individual a ser usucapida; anteriormente à edição da mencionada Lei Federal nº 13.465 não havia disposição limitativa de área individual a ser usucapida. Tal inovação legislativa é oportuna por ser um

fator que contribuirá com a não distorção de tal espécie de usucapião, pois, ao estabelecer esse limitativo de metragem do imóvel a ser usucapido, a legislação torna desinteressante a utilização do mecanismo com fins comerciais ou especulativos que são totalmente diversos do seu cunho social que é a razão de criação e de existência da usucapião coletiva.

Essa possibilidade de aquisição coletiva de propriedade pode representar um avanço para contribuir no embate do problema do déficit habitacional; ocorre, porém, que, não raras as vezes, tais ocupações se dão em áreas e propriedades públicas as quais o seu proprietário (Estado) não lhe confere nenhuma destinação relevante que legitime o seu direito de propriedade.

O princípio da função social da propriedade é um dos fundamentos da propriedade na nova ordem civil-constitucional brasileira de forma que tanto a CF/1988 como o Código Civil de 2002 condicionam a licitude do exercício do direito de propriedade ao preenchimento de requisitos e características que tragam benefícios à coletividade e ao interesse público. Prova disso são os diversos mecanismos jurídicos previstos tanto na lei como na CF/1988 que estabelecem penalidades para o caso de descumprimento de tais preceitos, tais como o próprio parágrafo 4º do artigo 182 da CF/1988 que prevê as sanções de parcelamento ou edificações compulsórias, de IPTU progressivo no tempo e desapropriação mediante pagamento através de títulos públicos resgatáveis no prazo de até 10 anos para o caso de imóvel descumpridor da sua função social.

Não há dúvida de que o particular precisa se enquadrar nessa regra da necessidade de destinação social do bem, mas, quanto ao Estado, diante desse adverso quadro de elevado déficit habitacional do País, poderia ele, Estado, de alguma forma, ser inserido dentre aqueles que são obrigados a dar uma destinação social aos seus bens? Mais especificamente, tratando-se de ocupações coletivas em áreas públicas, seria legítimo levantar a hipótese de usucapião coletiva dessas áreas como forma de dar efetividade ao princípio da função social da propriedade?

Atualmente, há entendimento doutrinário minoritário, defendida por doutrinadores contemporâneos de Nelson Rosenthal, Cristiano Chaves (2017, p. 1431) e Flávio Tartuce (2015, p. 947) no sentido de se vislumbrar a possibilidade da aquisição da propriedade através da usucapião de terras públicas devolutas, como forma de dar destinação social às mesmas, consagrando, assim, os princípios constitucionais da função social da propriedade, dignidade humana e proporcionalidade. Na visão desses autores, entretanto, há que se recepcionar a possibilidade de usucapião em bens públicos não só nas modalidades deste que detenham cunho eminentemente social (usucapião constitucional e usucapião coletivo), mas sim em

todas as espécies de prescrição aquisitiva que preencham os respectivos requisitos previstos em lei e que tenham como objeto bens imóveis públicos que estejam desprovidos de finalidade social. Nelson Rosendal e Cristiano Chaves fazem, ainda, a distinção entre aquilo que definem como “bens formalmente públicos” e “bens materialmente públicos”, sendo os primeiros os que tiverem sido regularmente registrados e os segundos seriam aqueles que, não estando regularizados, estariam sujeitos à aquisição pelo particular através da usucapião.

Apesar de a possibilidade da usucapião de bens públicos ser uma tese defendida por autores contemporâneos, é preciso destacar que tal posicionamento já contava com o apoio de autores clássicos como Sílvio Rodrigues que já vislumbrava a hipótese caso a mesma tivesse como objeto bens públicos dominicais.

Paralelamente a isso, é conveniente destacar que haveria uma sincronia entre o posicionamento dos citados autores e o fenômeno do ativismo judicial; esse movimento, que é compatível com o pós-positivismo jurídico, e que tem provocado grandes discussões e controvérsias no mundo do Direito a respeito da sua legitimidade, conformidade e adequação com o ordenamento jurídico brasileiro e a Constituição Federal de 1988.

A justificativa para o ativismo judicial reside no fato de que a observância das normas constitucionais depende de um mínimo de dinamismo da atividade legislativa de forma que esta consiga acompanhar o processo permanente de mutação da sociedade; em outras palavras, a sociedade sofre mutações no seus costumes, práticas e comportamentos e o Poder Legislativo não consegue desenvolver, no mesmo ritmo de tais mudanças, a sua atividade legislativa; ou seja, há uma evidente falta de sintonia entre os trabalhos do Poder Legislativo e as mudanças ocorridas e exigidas pela sociedade.

Assim, o Poder Judiciário, ao se deparar com situações concretas de prejuízo de direitos fundamentais em decorrência de omissão legislativa, preenche tais lacunas legislativas fundamentado em princípios constitucionais relacionados a tais contextos. Nesse raciocínio, a existência fática simultânea entre a necessidade de se assegurar o acesso ao direito de posse e propriedade ao cidadão como forma de dar função social ao bem público e, por outro lado e ao mesmo tempo, o descumprimento da função social desse mesmo bem público por parte do Estado seriam uma combinação de fatores que legitimariam a relativização da regra da imprescritibilidade absoluta dos bens públicos através do ativismo judicial.

Esse ativismo judicial tem dividido opiniões no mundo jurídico no sentido de que há aqueles que o aclamam pelo fato de o mesmo dar efetividade a direitos de cuja importância não podem ser renegados ou suprimidos em razão de mero inadimplemento da correspondente

atividade legislativa; ao passo que os seus opositores se contrapõem ao ativismo judicial por entendê-lo como uma espécie de violação ao princípio constitucional da separação de poderes, bem um risco imenso à tão prestigiada segurança jurídica.

Seria de vital importância que o STF se pronunciasse sobre o tema, em razão da colossal relevância do mesmo a fim de que houvesse uma maior uniformidade a respeito da conciliação da expressa proibição constitucional da usucapião de bens públicos e o cumprimento da função social das suas terras devolutas; saliente-se que já há diversos julgados estaduais admitindo a usucapião de bens públicos (TJSP, Apelação 991.06.028414-0, Apelação 991.04.007975-9; TJRS, Apelação 70018233536).

Apesar da aparente harmonia existente entre o ativismo judicial e o entendimento dos consagrados autores, tal tese, data vênia, deve ser examinada com toda a cautela e restrição possíveis; isso porque tal juízo certamente acarretaria consequências práticas de extrema magnitude, podendo ser causa de imenso e irreversível prejuízo, tendo em vista que, pacificada tal corrente de pensamento, o Estado, que não têm capacidade física e econômica de tutelar e fiscalizar a regular manutenção de todas as suas terras devolutas, pode vir a sofrer severas perdas tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista estratégico, pois pode ser subtraído de imóveis seus que seriam estratégicos para o regular exercício de suas competências e até mesmo para a manutenção da soberania nacional.

A definição e distinção proposta pelos consagrados autores em diferenciar tais bens em formalmente e materialmente públicos, data vênia, parece, também, não estar em sintonia com a realidade fática da situação fundiária do País, ainda mais se entender como relevante a proteção do patrimônio público; ora, é bastante difundida e conhecida a situação de significativa irregularidade formal na qual se encontra o patrimônio público imobiliário brasileiro; pequena fração de tais bens encontram-se devidamente registrados e regularizados; de forma que propor que os bens públicos desprovidos de registro sejam passíveis de usucapião é o mesmo que revogar a regra constitucional da impenhorabilidade dos bens públicos através de regra estipulada em doutrina de Direito Civil; isso porque a maior parcela dos imóveis da União, dos Estados e dos Municípios são desprovidos do registro imobiliário e da devida regularização; dessa forma, tal entendimento seria proporcional a, praticamente, acabar com o regime diferenciado dos bens públicos que é previsto constitucionalmente e reforçado em inúmeros outros diplomas normativos.

É necessário, também, atentar-se para o fato da ação de possíveis fraudadores que, movidos exclusivamente por interesses meramente especulativos e mercantilistas e utilizando-se do argumento constitucional da concretização da função social dos bens públicos,

empenham-se em adquirir a propriedade de tais bens visando com a intenção de transformar a usucapião num “negócio”, distorcendo totalmente a finalidade e razão de existir do instituto, transformando-o em meio antiético, ilícito e condenável de locupletamento pessoal. O que se está em jogo aqui, também, é a incolumidade do patrimônio imobiliário do Estado, bem de interesse da coletividade, e não apenas o direito individual de propriedade.

Na ânsia de se assegurar o direito de propriedade a quem dele é excluído, não se pode ignorar critérios razoáveis e proporcionais de proteção dos bens públicos. Teoricamente, o patrimônio imobiliário estatal pertence a toda a coletividade e, dessa forma, exige-se que haja uma proteção equivalente à importância que tal patrimônio representa para a sociedade. Portanto, encontram-se em dois lados opostos e, até certo ponto, excludentes a concretização de duas figuras jurídicas da mais alta relevância: de um lado encontra-se o direito fundamental de acesso à propriedade e ao direito de moradia; do outro, a invulnerabilidade absoluta dos bens imóveis do Estado em favor do interesse da coletividade.

Diante dessa indagação da mais alta envergadura, data vênia, parece um pouco forçosa a interpretação que admite qualquer espécie de usucapião sobre bens públicos caso estes não estejam cumprindo a sua correspondente função social. Isso porque as demais espécies de usucapião (extraordinária e ordinária) não têm cunho exclusivamente social e podem muito bem servir a interesses comerciais e especulativos que destoam totalmente da razão de criação e existência do postulado da função social; com isso não se quer dizer que é nocivo o interesse comercial em geral, mas sim busca-se apontar a nocividade de um posicionamento jurídico favorável em se transformar em um comércio algo que existe exclusivamente para “sanar” pequena parcela dos inúmeros problemas sociais existentes no País.

O trabalho e a livre iniciativa, sendo dois dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 (artigo 4ºCF/1988, inciso IV), poderiam ser uma justificativa para a aceitação da tese da usucapião extraordinária e usucapião ordinária sobre bem público; entretanto há que se destacar que a soberania estatal e a dignidade da pessoa humana também o são da mesma forma (artigo 4º, incisos I e III); além disso, o artigo 3º da CF/1988 elege a erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e construção de sociedade justa como seus principais objetivos constitucionais; e tais objetivos são totalmente incompatíveis com a ideia da possibilidade de transferência gratuita e sem contraprestação de propriedade imobiliária estatal para a população que não seja desprovida de recursos materiais e de baixa renda.

Uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 a respeito de tal tema só nos permitiria supor como aceitável a aquisição da propriedade de bens públicos apenas se



forem prontamente excluídas da hipótese a usucapião extraordinária e a usucapião ordinária. Isso porque a usucapião sobre bem público seria uma hipótese excepcionalíssima, existente apenas para auxiliar na correção de um dos vários problemas sociais existentes no Brasil, seria uma situação atípica objetivando conceder e formalizar o direito de acesso à moradia do qual o seu destinatário não tem nem possui meios para tanto; percebe-se que nas espécies de usucapião extraordinária e ordinária não existe a restrição fática de o usucapiente não ser titular de nenhum outro direito de propriedade(urbana ou rural); dessa forma, o usucapiente ,na forma de usucapião extraordinária ou ordinária, pode ser proprietário de diversos imóveis, fazendo de tal atividade de ocupação de terras um verdadeiro e lucrativo negócio; e, obviamente, os bens do Estado, pelo fato de pertencerem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém, ficarão desguarnecidos em razão da impossibilidade física e jurídica (e até mesmo pelo desinteresse geral no zelo pela coisa pública) de vigilância e assistência sobre todo o vastíssimo patrimônio imobiliário estatal existente. Assim, sendo aplicável às espécies extraordinária e ordinária, o ideal de se construir uma tese da usucapião sobre bens públicos, como forma de promoção da função social do bem, tornar-se-ia num instituto ineficaz totalmente distorcido da sua razão inicial de criação, numa utopia completamente inútil.

Dessa forma, a questão mais aceitável e apropriada que se poderia levantar é se seria legítimo e idôneo o raciocínio jurídico no sentido de se admitir a usucapião coletiva urbana sobre bens públicos inoperantes como meio de se promover o princípio da função social da posse e da propriedade; isso porque esse espécie de usucapião seria a modalidade que tem o maior nexos com a função social da posse e da propriedade. Através de uma criteriosa admissão da usucapião coletiva sobre bens públicos seria possível regularizar a situação de significativa parcela do patrimônio imobiliário estatal assegurando à população carente o acesso ao direito de propriedade e à moradia.

A ampla e irrestrita admissão da possibilidade de todas as espécies de usucapião de bens públicos acabaria invertendo e pervertendo a natureza e a finalidade do postulado da função da função social da propriedade e da posse, e tais bens imóveis acabariam tornando-se em meros objetos de especulação e mercantilização.

A usucapião coletiva urbana está prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) e tem como finalidade precípua a regularização das ocupações hoje conhecidas como favelas de forma a permitir uma inserção e integração de tais bens na comunidade e na economia local. É passível de consideração essa modalidade de usucapião como forma de relativizar a regra constitucional da imprescritibilidade dos bens públicos, pois haveria nessas hipóteses um inequívoco interesse social a ser assegurado; seria uma forma de

se promover e regularizar o direito de moradia através do acesso de tal população carente ao mesmo bem como a devida formalização da propriedade, a fim de que esta possa usufruir das prerrogativas inerentes aos bens regularizados tais como devido acesso a serviços públicos (como correios, energia elétrica e etc.) e o acesso ao crédito, tendo em vista que as instituições financeiras de forma alguma concederiam empréstimos nos quais os bens que serviriam de garantia para tal transação fossem desprovidos da documentação e legalização necessária. Além disso, diferentemente da usucapião extraordinária e ordinária, a espécie coletiva urbana prevê a delimitação de metragem a ser adquirida em até 250m<sup>2</sup> de área para cada ocupante, de forma que cada possuidor não poderia usucapir área maior que 250m<sup>2</sup> através da posse prolongada no tempo. Esse fato já seria um inibidor da ação de possíveis fraudadores que, certamente, já ficariam desencorajados a praticar ilicitudes, em razão dessa considerável limitação na possibilidade de ganho, tendo em vista que tais pessoas, muitas vezes, não se sentiriam atraídos pelo cometimento de fraudes de pequena monta. Essa limitação de área de aquisição já seria um ponto favorável a tal espécie de usucapião, pois haveria um maior resguardo e proteção do patrimônio público imobiliário que não estaria sujeito a ser absorvido quase que totalmente por processos de usucapião extraordinária ou ordinária, tendo em vista que nessas espécies não há limitação de área a ser usucapida e o Estado estaria sujeito de sofrer a perda de extraordinárias áreas de terras em cada processo de usucapião.

Dessa forma, a usucapião coletiva urbana de bens públicos poderia surgir como uma alternativa legítima para se concretizar o direito de moradia de população de baixa renda, além de ser um meio de se promover a função social do bem e a dignidade humana de população carente. Isso não quer dizer que tal espécie de usucapião seria concedida sem critérios, muito pelo contrário; é imprescindível que seja realizado o devido aprofundamento na matéria a fim de assegurar a viabilidade, eficácia de tal medida de modo que possa garantir o acesso ao direito de propriedade da população carente, mas também que fique resguardada a possível proteção do patrimônio público; de forma a não haver distorções ou desvirtuamento de tal providência.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Eventual construção de entendimento favorável à usucapião de bem público deve ser restrito às respectivas modalidades que promovam, de fato, a função social do bem e o interesse coletivo, devendo ser afastado o posicionamento que prestigie interesses meramente

individualistas em detrimento do interesse público e coletivo e que produzirão uma maior concentração de riquezas e um empobrecimento do Estado.

As modalidades de usucapião extraordinário e ordinário, na maior parte dos casos, estão vinculados a interesses estritamente individuais e, por não coadunarem com os genuínos interesses social e coletivo na maioria das suas ocorrências, não deveriam ter força suficiente capaz de mitigar a regra constitucional da imprescritibilidade dos bens públicos, em razão de a mesma ter sido repetida e reforçada diversas vezes na própria Constituição Federal de 1988 e em diversos outros dispositivos da legislação extravagante.

Na atual e tormentosa realidade brasileira, na qual há um grande desgaste e perda de credibilidade do setor público, soa atraente o discurso privatista que se apresenta como a solução das inúmeras mazelas do País; tal fato, entretanto, não pode legitimar uma relativização inconsequente de norma expressa da Constituição Federal.

É pertinente destacar que, em um Estado de Direito, os chamados pós-positivismo e o ativismo judicial não autorizam a flexibilização e a interpretação desconexa da Constituição Federal e da legislação extravagante. Há que se prezar pela segurança jurídica e pelo direito adquirido, bem como pela separação de poderes. Ora, é manifesto o intento do constituinte de 1988 em preservar a regra da imprescritibilidade dos bens públicos, tendo em vista que a mesma foi repetida e reforçada na Constituição Federal de 1988 e em diversos outros textos normativos, e o Poder Judiciário não pode elaborar interpretações a seu bel-prazer que destoem completamente de tais vedações.

A alternativa que surge para ser levada em consideração como alternativa de mitigação da regra da imprescritibilidade do bem público é a usucapião urbana coletiva, por ser aquela que está mais associada à concretização do direito de moradia da população mais carente ou de baixa renda, como forma de implementar o princípio da função social da posse e da propriedade, bem como da proporcionalidade.

As posições favoráveis à possibilidade de se usucapir bens públicos nesses casos fundamentam-se na situação de extrema pobreza em que boa parte da população brasileira se encontra, enquanto que o Estado é negligente e omissor na administração do seu vasto e subaproveitado patrimônio imobiliário; ou seja, nesses casos os bens públicos também estariam abrangidos pelo dispositivo constitucional que condiciona o exercício do direito de propriedade à sua regular destinação social e poderiam, assim, ser objeto de qualquer espécie de usucapião.

De qualquer forma, antes de pacificar qualquer questão no tocante a essa matéria, é imperiosa uma investigação profunda e bastante criteriosa a respeito da mesma a fim de que

se possa atender, autenticamente, os anseios constitucionais de concretização do acesso ao direito de propriedade da população carente, a promoção da função social dos bens públicos envolvidos na situação de tais ocupações e o devido resguardo e proteção do patrimônio estatal que é interesse de toda a coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Afranio de. *Registro de imóveis*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva.2010.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. 2017. São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodium, 2017.

FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 6.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; ROCHA, Roberval. *Leis Notariais e Registrais Anotadas: em Jurisprudência e Questões*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas 2016.

MORAIS, Jose Juis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Tabelionato de Notas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENVOLD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves. *Direito Civil: Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

SERRA, Marcio Guerra. *Registro de Imóveis I: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERRA, Marcio Guerra. *Registro de Imóveis III: Procedimentos Especiais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.