

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

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 - UNIVEM – Santa Catarina

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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados demonstram a sensibilidade necessária a compreensão do direito civil contemporâneo. Um direito que transborda sensibilidade e realidade. Nesta perspectiva, temos robusta tendência investigativa na seara dos direitos reais através da perspectiva asseguratória da função social, bem como pela égide da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, portanto, os trabalhos com os temas sobre a usucapião de bens públicos, desjudicialização no cotejo da usucapião extrajudicial, os sentidos do direito de propriedade contemporâneo à luz da teoria Crítica do direito privado, as nuances judiciais do Direito de superfície e suas complexidades além do inovador Direito de laje com suas indagações e reflexões. Também foi possível perceber interlocuções substanciais na esfera dos direitos da personalidade em tempos de "Idade Mídia", incluindo o essencial debate na área da herança digital e as questões proeminentes no dever informação na relação médico e paciente. Para além de uma análise econômica, privilegiou-se a relevante discussão sobre instituto das diretivas antecipadas de vontade no intuito de garantir a vida e a morte digna, com a mesma índole constitucional na possibilidade de retificação do nome social e do sexo de transgêneros em sede cartorial extrajudicial. Dentro de tal contexto de cientificidade os contratos de plano de saúde e o enredo principiológico dos direitos contratuais também foram contemplados com interpretação dialogal necessária aos objetivos propostos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À
MORADIA COMO AUTORIZADORES DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS
DOMINICAIS**

**THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE RIGHT
TO THE HOUSING AS AUTHORIZORS OF THE USE OF PUBLIC DOMINICAL
PROPERTY**

**Fernando De Souza Amorim
Camila Soares Gonçalves**

Resumo

Este estudo visa analisar a possibilidade de usucapião de bens públicos dominicais à luz do Princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito fundamental à moradia, considerando tratar-se de bens apenas formalmente públicos e desafetados, que não cumprem com o Princípio da função social da propriedade. Será analisada a vedação constitucional da usucapião de bens públicos, demonstrando que a proibição é um retrocesso e deve ser relativizada, proporcionando a efetivação do Direito à moradia. Utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, do método dedutivo e marco teórico nas obras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

Palavras-chave: Usucapião, Bens públicos dominicais, Dignidade da pessoa humana, Função social da propriedade, Direito fundamenta à moradia

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the possibility of usurping public dominical property in the light of the Principle of the Dignity of the Human Person and the Fundamental Right to the housing, whereas these are only formally public and unaffected property which do not comply with the Principle of the social function of property. Demonstrating that the prohibition is a retrograde step and, therefore, should be relativized, providing the implementation of the Right to housing. Bibliographic research will be used, through the deductive method, with theoretical framework in the works of Nelson Rosenvald and Cristiano Chaves de Farias.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Usurpation, Public dominical property, Dignity of the human person, Social function of property, Founded right to housing

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 proíbe expressamente a usucapião de bens públicos nos artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único (BRASIL, 1988). Não obstante, a mesma constituição positivou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, tornando-os um direito fundamental ao interpretá-los sob à ótica do Princípio constitucional maior da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia (BRASIL, 1988).

O aparente conflito de garantias constitucionais - regras e princípios, faz com que surja a necessidade de avaliar a possibilidade de se usucapir bens públicos que não cumpram o Princípio da função social da posse e da propriedade, à luz do Princípio da dignidade da pessoa humana e do Direito à moradia.

Na sociedade em que se vive hoje, altamente complexa e com níveis de desigualdade absurdos, não se pode manter a aplicação da lei de forma fria, irrestrita e absoluta, desvirtuada dos Princípios constitucionais.

Assim, o que se pretende é refletir sobre a aplicação dos Princípios, precipuamente o da dignidade da pessoa humana, sobrepondo-se à regra constitucional que veda a usucapião de bens públicos.

Deste modo, por meio da análise das obras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, pelo método dedutivo, pretende-se demonstrar que os bens públicos dominicais podem ser usucapidos, relativizando-se a regra constitucional que veda absolutamente a usucapião de bens públicos, por tratarem-se de bens estritamente formais que não desempenham qualquer função pública.

2 O DIREITO À PROPRIEDADE: DA ORIGEM ÀS CONCEPÇÕES ATUAIS

A propriedade relaciona-se de maneira direta à liberdade como característica intrínseca de qualquer ser humano, considerando o anseio pela segurança proporcionada pela aquisição de bens.

No modelo econômico liberal do *laissez faire*, a função social estatal primordial era a de defender a segurança do cidadão e da sua propriedade (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 166).

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) dava preferência às situações patrimoniais, seguindo vestígios do sistema liberal, elegendo como protagonistas os proprietários. O Código

Civil de 2002 (BRASIL, 2002) reproduziu a ideia da propriedade, estabelecendo faculdades essenciais de forma descritiva, enumerando os poderes tais como uso, fruição e disposição da coisa sem, no entanto, preocupar-se com a transformação do direito de propriedade.

O direito à propriedade trata-se do mais amplo direito subjetivo patrimonial, cujo caráter é de Direito Fundamental, encontrando-se ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compondo o *caput* do artigo 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988).

A propriedade é direito humano, atrelando-se à função de proteção pessoal do seu titular. Isso porque há uma função individual da propriedade que garante a autonomia privada do ser humano, valendo-se dos direitos reais a pessoa irá exercer uma posição de vantagem em relação às coisas.

Na linha garantista institucional leciona Leonardo Brandelli:

Diante da dignidade da pessoa, deve o direito reconhecer a importância que tem o direito de propriedade para o ser humano, para o seu desenvolvimento. Tome-se, exemplificativamente, o desenvolvimento cultural do ser humano, o qual não seria possível, nos moldes que conhecemos, sem a adequada tutela à propriedade, eis que, como facilmente percebe-se, a casa, a escola, a universidade e a biblioteca estão ancoradas sobre um direito de propriedade (BRANDELLI, 2007, p. 197).

O direito à propriedade não garante a liberdade e direito civis, por si só, mas trata-se de um dispositivo para assegurá-los, na medida em que cria uma espécie de bolha autônoma na qual nem o Estado nem a sociedade podem cometer transgressões.

Ocorre que a sociedade evoluiu e passou por diversas transformações, especialmente a partir da segunda metade do Século XX, tornando-se cada vez mais complexa. Nesse cenário, a análise fria das normas seguindo-se apenas os conceitos dogmáticos mostra-se insuficiente para exprimir a densidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, e consequentemente não é possível atender aos anseios sociais.

Neste cenário, vivencia-se no país uma exclusão social e desigualdade em graus absurdos, pela inércia de ações positivas com o objetivo de estender a condição de proprietários em favor dos que estão às margens do sistema de titularidades.

Tal exclusão não se trata de ausência de propriedade, mas sim da ausência de condições de igualdade de oportunidades para que todos cidadãos possam conquistar o Direito Fundamental à propriedade.

Camila Soares Gonçalves discorre sobre o cenário atual brasileiro envolvendo o déficit habitacional e os bens públicos abandonados:

A queda do edifício no centro de São Paulo, em 1º de maio deste ano, decorrente de um incêndio, trouxe à tona as discussões envolvendo invasões e ocupações de imóveis de propriedade de órgãos públicos. Isso porque o referido prédio pertencia à União, já

tendo sido sede da Polícia Federal, e encontrava-se cedido à Prefeitura Municipal, sendo ocupado por populares desde meados de 2000. [...]O déficit habitacional no Brasil aumentou de 6 milhões e 68 mil moradias em 2014, para 6 milhões e 355 mil em 2015, conforme pesquisa da Fundação João Pinheiro, divulgada em abril de 2018.Ou seja, mais de 6 milhões e 350 mil pessoas no Brasil vivem em moradias precárias, com coabitação familiar, aglomeração excessiva de moradores ou alto valor de aluguel. De outro lado, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2015, existem 7.906 milhões de imóveis desocupados no Brasil, com potencial de serem ocupados. Dentre eles, 10.304 imóveis são de propriedade do Governo Federal. Nesse cenário, visualizam-se milhares de pessoas vivendo às margens da sociedade no Brasil, morando sob marquises e pontes, sem qualquer propriedade. Somente no edifício que desabou em São Paulo, segundo o Ministério do Planejamento, existiam 400 pessoas morando indignamente, pois a moradia era deficitária (sem luz, água quente, água e esgoto tratados, dentre outros). Em contrapartida, há uma série de imóveis públicos abandonados, ociosos, paralisados, tais como o que desabou, que não observam sua função social enquanto propriedade. Essa conjuntura propicia a ocupação das áreas públicas estereis por pessoas de baixa renda, que não possuem qualquer moradia, tornando a propriedade útil, dando-lhe um fim social (GONÇALVES, 2018).

Nesse prisma, nota-se que a verdadeira propriedade é desvirtuada e desencorajada, pois os ideais de eliminação da diversidade e anulação do individual pelo coletivo, fragilizando a propriedade em nome de um viés igualitário são, na realidade, acabar com a liberdade política, civil e de pensamento (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

A saída, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald é:

Tornar a globalização mais inclusiva, difundindo-se o sistema forma de propriedade em favor da população pobre, a ponto de injetar vida em seus ativos e fazê-los gerar capital em um sólido e integrado contrato social. [...] O capital é a fonte de riqueza das nações e deve ser globalizado dentro do País, pois as pessoas são os agentes fundamentais de mudanças. O direito civil é, por excelência, o direito das pessoas. Os bens, a propriedade e o patrimônio são instrumentos de uma vida digna (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 181).

Depreende-se, com tais exposições, que o Direito Fundamental à propriedade precisa cumprir a sua função social, garantindo-se, assim, o acesso ao mínimo existencial e evitando que os bens tornem-se inúteis ao seu escopo social enquanto existem milhões de pessoas buscando uma moradia digna.

2.1 O direito fundamental à propriedade: mínimo existencial e direto à moradia

As mudanças vivenciadas no último século passaram a exigir uma reflexão sobre a forma de tratamento do patrimônio e das relações particulares, no intuito de promover a dignidade, o solidarismo e a igualdade substancial. Começa-se a determinar a preponderância da pessoa sobre o patrimônio.

A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), enquanto elo unificador do ordenamento, permite através da normatividade dos seus Princípios que sejam aplicados os

Direitos Fundamentais às relações privadas, mitigando a oposição entre público e privado por não existirem mais barreiras quando se buscam conceitos normativos mais justos.

A dignidade da pessoa humana, então, passa a ser exercida em dois planos, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

a) tutelando as situações jurídicas da personalidade de modo a preservar estes bens jurídicos intrínsecos e essenciais; b) situando a missão de parte do patrimônio, justamente na preservação das condições materiais mínimas de humanidade, o chamado patrimônio mínimo (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 182).

Vê-se, assim, que a ótica muda. Coloca-se em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais, precipuamente porque o ser humano é o fim da ordem jurídica, e não o meio de afirmação de interesses patrimoniais. Trata-se da despatrimonialização das relações civis (FACHIN, 2001, p. 41).

O mínimo existencial é, portanto, superior ao mínimo vital. Está na postura estatal ativa de manter o mínimo fisiológico e orgânico do ser humano, necessário para preservar a vida. Afinal, a existência digna é muito mais do que a mera sobrevivência física. É preciso oferecer o mínimo sócio-cultural de uma vida saudável, possibilitando que os indivíduos realizem escolhas que o façam desenvolver sua personalidade.

Nessa toada, o artigo 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988), com redação dada pela Emenda Constitucional 26/2000 (BRASIL, 2000), acresceu o Direito de moradia como Direito social fundamental dos brasileiros.

A tutela da propriedade no Brasil é demasiadamente frágil, estando grande parte da população à margem do sistema legal de reconhecimento de titularidades. Ana Paula de Barcellos afirma:

Ninguém terá dúvida de que uma pessoa que mora sob uma marquise ou uma ponte é um desamparado que necessita de abrigo. Ninguém questionará que esta é uma situação indigna e, *a fortiori*, que a dignidade desse indivíduo está sendo violada (BARCELLOS, 2002, p. 193).

A dimensão positiva do direito de moradia consiste em uma política agressiva de conversão de excluídos em autônomos cidadãos proprietários, com plena aptidão de usufruir e dispor de bens jurídicos.

Deve ser promovido, assim, o acesso à propriedade, protegendo o direito individual e fundamental de propriedade e, simultaneamente, defendendo a liberdade dos proprietários com a promoção do princípio da igualdade substancial através da democratização em prol dos não proprietários, proporcionando o mínimo existencial e o direito à moradia.

2. 2 A função social da propriedade

Função social é a expressão utilizada para exprimir a finalidade de um instituto ou modelo jurídico cujo papel deve ser observado no ordenamento jurídico.

Embora a propriedade móvel continue tendo relevância, a moradia e o uso adequado da terra passaram a ocupar posição de destaque nos últimos séculos.

A concepção de propriedade continua a ser elemento essencial para determinar a estrutura econômica e social dos Estados. Todavia, deverá ser atribuída uma finalidade, atividade ou utilidade à mesma, com o objetivo de evitar a existência de propriedades que não cumpram com sua função social. Nesse ponto, leciona Silvio de Salvo Venosa:

O esfacelamento do mundo comunista, com o desaparecimento da União Soviética, retratou o fracasso da experiência do capitalismo do Estado, que buscava a negação da propriedade privada. Contrariava a própria natureza do ser humano; sua vontade inata de ter algo para si. Fora desse modelo, mesmo a filosofia capitalista altera-se em nossa época. O Estado intervém cada vez mais nos meios de produção e na propriedade privada. A intervenção do Estado é fato de extrema importância, sentida com maior ou menor peso por todas as nações. Ou seja, há forte tendência socializante no Estado capitalista. O liberalismo pleno torna-se inviável. Com a economia estatizando-se, o Estado passa de mero fiscal a prestador de serviços ao cidadão (Câmara, 1981:33). Ainda é prematuro prever seus limites e para onde a intervenção levará. De qualquer forma, ensina a história recente que, se a negação da propriedade privada contraria o anseio inarredável do homem e conduz o Estado ao fracasso, não é com o puro individualismo que serão resolvidos os problemas jurídicos e sociais. A Encíclica Mater et Magistra do Papa João XXIII, de 1961, ensina que a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com uma função social, não só em proveito do titular, mas também em benefício da coletividade. Destarte, o Estado não pode omitir-se no ordenamento sociológico da propriedade. Deve fornecer instrumentos jurídicos eficazes e justos para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em seu proveito, de sua família e de seu grupo social. Deve, por outro lado, criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil. Bem não utilizado é constante motivo de inquietação social. A má utilização da terra e do espaço urbano gera violência. O instituto da desapropriação para finalidade social deve auxiliar a preencher o desiderato da justa utilização dos bens (VENOSA, 2011, p. 168).

Em razão das mudanças sociais e do agravamento da exclusão social no último século, passou-se a relativizar as liberdades individuais, a fim de que o Poder Público pudesse intervir positivamente na promoção da igualdade real, condicionando interesses coletivos e de não-proprietários na propriedade, evitando-se o abuso de propriedade.

O abuso de propriedade é um ato ilícito objetivo que ofende interesses coletivos e difusos que se relacionam com o exercício do direito subjetivo à propriedade. Tal ato ilícito pode levar à aplicação de sanções, tais como de ressarcir danos, impor restrições ou até mesmo a suprimir o direito subjetivo de propriedade.

O direito de propriedade, até então tido como direito subjetivo na esfera patrimonial, passa a ser visto como uma complexa situação jurídica onde inserem-se obrigações positivas do proprietário perante a comunidade.

Diante disso, a Constituição da República, em seu artigo 5º, XXIII, bem como o Código Civil, no artigo 1.228, §1º, positivaram o Princípio da função social da propriedade. Cita-se:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1998).

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Sob tal ótica, denota-se que a função social consiste no comportamento regular do proprietário, realizando os interesses sociais sem excluir o direito privado, assegurando-lhe o uso, gozo e disposição do patrimônio. Em outras palavras, a propriedade continua privada, mas com a finalidade compatível com a sociedade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram:

A função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigação de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: A Justiça. Enquanto o proprietário do Estado Liberal agia nos limites impostos pela lei, segundo a máxima "posso fazer o que quiser, desde que não prejudique terceiros", o proprietário dos tempos atuais sofre uma remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 206).

Fábio Konder Comparato também adverte:

O descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade. Nesta hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão de pretensão possessória de outrem, deve ser afastada. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão-só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio. Quem não cumpre a função social perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse (COMPARATO, 2005, p. 9).

Portanto, a função social é Princípio que se insere diretamente no direito de propriedade, atrelado aos poderes de usar, gozar, fruir e reivindicar.

Nesse sentido, se os direitos só existem se exercidos, a propriedade que não exerce sua função social é inerte, pois carece de fundamento constitucional de merecimento e tutela. Assim, atualmente no Brasil, a propriedade considerada isoladamente é insuficiente, preponderando sua legitimidade e sua destinação.

2.3 A função social da posse e o direito de moradia

A posse é tutelada como direito especial em razão da relevância do direito de possuir e, também, pela previsão contida no artigo 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988) que trata do direito social de moradia e acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceber a dignidade à pessoa humana, consoante artigo 1º, III, do mesmo texto legal.

O fato de a posse ser oponível *erga omnes* não advém da condição de direito real patrimonial, mas sim do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de amparo da privacidade do ser humano, bem como de desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da sua entidade familiar.

Ana Rita Vieira de Albuquerque leciona:

Torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando às suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função do instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana (ALBUQUERQUE, p. XVI).

A análise da função social da posse não se preocupa apenas com o proprietário e seu comprometimento em atender os direitos fundamentais. Mais do que isso, analisa-se a atuação fática do possuidor sobre a coisa cujo titular patrimonial não destinou função social.

Luiz Edson Fachin leciona que "*o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade*" (2001, p. 19).

Assim, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que propiciem, a ele e sua família, o mínimo existencial. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 39).

Logo, mesmo não havendo previsão expressa na Constituição da República sobre a função social da posse, ao contrário do que ocorre com a função social da propriedade, é possível e recomendável reconhecê-la, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e uma forma de justiça distributiva.

3 INTERESSE PÚBLICO E VEDAÇÃO À USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS

De acordo com o artigo 98 do Código Civil, "*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).

Consoante direito pátrio, são bens públicos as coisas corpóreas e incorpóreas pertencentes ao Estado, em geral, com suas subdivisões administrativas, sobre os quais aplica-se um regime especial. Tais bens dividem-se em três categorias: (i) os bens de uso comum do povo; (ii) os bens de uso especial; e (iii) os bens dominicais.

Os bens públicos, em regra, são inalienáveis e imprescritíveis. Somente podem ser alienados mediante desafetação, por meio de lei ou ato administrativo que autorize a alienação, nos termos do artigo 100 do Código Civil (BRASIL, 2002). Imprescritíveis por não recair sobre os mesmos a prescrição aquisitiva objeto da usucapião, nos termos do artigo 102 do Código Civil, que dispõe: "*Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião*" (BRASIL, 2002).

Além disso, a Constituição da República, em seus artigos 183, §3º e 191, parágrafo único, veda expressamente a possibilidade de os bens públicos serem adquiridos por usucapião, dada a sua imprescritibilidade. Veja-se:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

[...]

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 1988).

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 1988).

Imprescritíveis, portanto, por não serem sujeitos à usucapião, uma modalidade de prescrição aquisitiva de propriedade imóvel.

No mesmo sentido é o teor da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: "*Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*" (BRASIL, 1963).

Como visto alhures, evidente a aplicação do princípio da função social à propriedade privada considerando a previsão expressa na Constituição da República (BRASIL, 1988) e Código Civil (BRASIL, 2002).

No entanto, dúvidas pairam acerca da aplicação do referido princípio à propriedade pública, uma vez que existe um conflito de norma que proíbe a usucapião (artigos 183, §3º e 191, parágrafo único) e, paralelamente, o Princípio Constitucional da função social (artigo 5º, XXIII), aliado ao Direito à moradia (artigo 6º) e ao Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 5º).

Partindo dessa premissa, questiona-se, por que apenas a propriedade privada está sujeita à observância da função social, quando os bens públicos, mais do que os privados, devem atender o interesse coletivo?

Isso porque, os bens públicos também configuram expressão dos direitos fundamentais e sua utilização deve buscar interesses sociais, cumprindo, desse modo, sua função social.

Nesse sentido leciona Cristiana Fortini:

A Constituição da República não isenta os bens públicos do dever de cumprir 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 social (FORTINI, 2004, p. 117).

Depreende-se, portanto, que a propriedade pública não só deve atender a função social, mas deve fazê-lo de forma mais assídua que a própria propriedade privada, considerando o interesse coletivo. Afinal, a pessoa jurídica de Direito Público proprietária, tratou visivelmente com descaso a propriedade e posse do bem no decurso do tempo, deixando de cumprir as funções que lhes são inerentes.

Por isso não é razoável, tampouco lícito, que o poder público seja imune ao cumprimento do referido princípio, precipuamente considerando o Estado Democrático de Direito.

Interpretando-se a aplicação do Princípio da função social aos bens públicos, bem como o Princípio maior constitucional da dignidade da pessoa humana, entende-se como possível a usucapião da propriedade pública que não esteja cumprindo sua função social, principalmente para os bens dominicais que, usualmente, não possuem destinação pública.

Inclusive oportuno ressaltar que a Súmula 340 do STF (BRASIL, 1963), que dispõe sobre a impossibilidade de usucapir bens dominicais, fora publicada sob a égide da Constituição

de 1946 (BRASIL, 1946) e do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), motivo pelo qual entende-se inaplicável, por estar desatualizada com a atual complexidade da sociedade.

A doutrina minoritária, conduzida por Cristiano Chaves de Farias Nelson Rosenvald (2009), defende que é possível sim usucapir bens públicos, considerando a prescritibilidade dos bens públicos.

Já a doutrina e jurisprudência majoritária, a seu turno, defendem a impossibilidade de usucapir bens públicos com base no Princípio da supremacia do interesse público sobre o do interesse particular.

Impende destacar, ainda, que a Constituição da República não previu a separação do interesse público do interesse particular, até porque tais interesses não são opostos, mas ao contrário, se complementam. Sobre o tema leciona Humberto Ávila:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). [...] Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência. (ÁVILA, 2001, p. 13-14).

Conclui-se, pois, que o interesse público não pode ser observado separadamente ou de maneira contrária aos interesses privados, notadamente porque esses são parte do interesse público, devendo caminhar lado a lado.

Diante disso, deve ser realizada uma ponderação de interesses, consoante princípio da proporcionalidade - ou postulado, segundo Humberto Ávila (2005), pois aplicar a supremacia do interesse público dissociada do direito fundamental à moradia, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade não se mostra razoável, tampouco compatível com a sociedade atual e ordenamento jurídico pátrio.

4 A POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À MORADIA

A vedação constitucional à usucapião de bens públicos dominicais, além de inadequada, como visto, trata-se de verdadeira ofensa ao Estado Democrático de Direito, uma vez que viola

não apenas o Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, mas também o Princípio da função social da posse e o próprio direito à moradia.

Afinal, por que o particular deve observar os princípios da função social da propriedade e da posse, sob pena de seu imóvel ser usucapido por outrem, e o Poder Público, que visa exatamente a supremacia do interesse público, não sofrerá qualquer sanção diante da sua inércia?

É de causar espanto a desídia em relação aos milhares de bens públicos desafetados, que não possuem qualquer destinação ou finalidade útil, descumprindo de forma incontestável o princípio da função social da propriedade e da posse.

As decisões dos Tribunais Brasileiros e a doutrina majoritária estão considerando apenas a letra fria da lei, como se a regra fosse imutável e incontestável, acarretando uma série de prejuízos à sociedade brasileira e ferindo o Princípio fundamental mais caro em nosso ordenamento jurídico, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

A vedação à usucapião de bens públicos é tão incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro que, pelo seu próprio histórico constitucional, verifica-se que na sua origem não existia mencionada ressalva.

Depreende-se, portanto, que a propriedade pública não só deve atender a função social, mas deve fazê-lo de forma mais assídua que a própria propriedade privada, considerando o interesse coletivo. Até porque não é razoável, tampouco lícito, que o poder público seja imune ao cumprimento do referido princípio, precipuamente considerando o Estado Democrático de Direito.

Ora, o ordenamento jurídico brasileiro não coaduna com a incúria dos proprietários no zelo de seus imóveis, que devem cumprir um fim social considerando o dever maior para com a coletividade, uma vez que a propriedade se encontra inserida em um seio coletivo.

Dessa forma, conclui-se que a vedação constitucional à usucapião de bens públicos configura uma ofensa ao Estado Democrático de Direito que não deve prevalecer, motivo pelo qual mostra-se possível a usucapião da propriedade pública que não esteja cumprindo sua função social, principalmente para os bens dominicais que, usualmente, não possuem destinação pública.

Defende-se, assim, ser plenamente possível a usucapião de bens públicos no ordenamento jurídico brasileiro. Não se propõe que todos e quaisquer bens públicos possam ser usucapidos, mas ao contrário, apenas aqueles desafetados, que não possuem qualquer destinação, denominados bens públicos dominicais.

Os bens dominicais são imóveis e prédios públicos desativados, terras sem destinação pública específica, tais como as terras devolutas, consistindo em bens desafetados que não possuem qualquer finalidade pública, deixando, assim, de cumprir, com a função social da posse e da propriedade.

Deve ser realizada uma ponderação de interesses, consoante Princípio da proporcionalidade, pois aplicar a supremacia do interesse público dissociada do direito fundamental à moradia, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade e da posse, não se mostra razoável, tampouco compatível com a sociedade atual e ordenamento jurídico pátrio.

É evidente que a propriedade pública, mais que a propriedade particular, deve cumprir com o princípio constitucional da função social, bem como ser penalizada pela sua inobservância, tal qual o particular.

Logo, a vedação integral da possibilidade de se usucapir bem público trata-se de verdadeiro retrocesso, uma vez que extrai do particular que exerce a função social da propriedade e da posse uma das formas de se adquiri-la, de modo que não o fazendo, estar-se-á prestigiando a inércia do poder público em promover destinação útil e finalidade social ao seu patrimônio.

O princípio da dignidade da pessoa humana considera que o Estado existe em função de todas as pessoas e não o inverso. Assim, toda ação estatal deve ser avaliada considerando-se cada pessoa como um fim em si mesmo, sob pena de ser inconstitucional. Vivem-se outros tempos. A dignidade da pessoa humana e o direito à moradia não são utopias inalcançáveis, mas devem ser constantemente buscadas e asseguradas.

A proteção dada aos bens públicos só deve prevalecer quando restar atendido o interesse social, não aplicando-se em casos de bens públicos ociosos que não cumprem sua função social. A partir do momento em que o Poder Público deixou de cumprir com a função social da propriedade e um particular deu-lhe destinação, consagram-se o direito à moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, por que permitir que o Estado continue com a propriedade inerte, quando particulares estão dando-lhe uma destinação social? Não se mostra razoável, tampouco lícito, dados os direitos e princípios fundamentais previstos constitucionalmente.

Portanto, entende-se que mesmo havendo óbice na Constituição Federal quanto à possibilidade de usucapir bens públicos, há que ser realizada uma análise conjunta e principiológica para verificar o reconhecimento do instituto em face do Estado, atendendo-se o

Direito fundamental da função social da propriedade e da posse, e o Direito à moradia, proporcionando a normalização fundiária e justiça distributiva, em atenção ao interesse social e, sobretudo, proporcionando a concretização da dignidade da pessoa humana.

7 CONCLUSÃO

Existem milhões de pessoas vivendo à margem da sociedade no Brasil, morando sob marquises e pontes, sem qualquer acesso à propriedade. Em contrapartida, há uma série de imóveis públicos abandonados, ociosos, paralisados, que não observam sua função social. Esse cenário propicia a ocupação das áreas públicas estéreis por pessoas de baixa renda, que não possuem qualquer moradia, tornando a propriedade útil, dando-lhe um fim social.

Logo, tornar possível a usucapião de bens públicos que descumpram a função social da propriedade, além de promover a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional maior, estimularia, ainda que pelo receio de sanção, que o Estado se atentasse à gestão do seu patrimônio em benefício da coletividade.

A vedação absoluta da usucapião de bens públicos mostra-se um retrocesso que não coaduna com o Estado Democrático de Direito, devendo ser relativizada no que se refere aos bens públicos dominicais, estritamente formais e desafetados, que não exercem qualquer finalidade pública, motivo pelo qual consideram-se alienáveis e prescritíveis.

Portanto, mister se faz a relativização da regra que proíbe a usucapião de bens públicos para autorizar a usucapião dos bens públicos dominicais. A uma porque será dada uma finalidade social à propriedade que se encontrava paralisada pela ausência de cumprimento da função social, uma vez desafetada. A duas porque os cidadãos brasileiros têm direito à moradia, moradia essa digna, em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A três porque somente será autorizada a usucapião caso cumpridos os requisitos de posse mansa, pacífica e ininterrupta. A quatro porque a usucapião de bem público dominical proporcionará a supremacia do interesse público, pois além de permitir uma moradia digna aos particulares que a adquiriam, fará com que o Estado observe com mais rigor a destinação de suas propriedades públicas, especialmente as desafetadas, garantindo o interesse público indiretamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. **Da função social da posse**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A teoria dos princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRANDELLI, Leonardo. **A função econômica e social do registro de imóveis**. Direito Civil e registro de imóveis. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera o artigo 6º da Constituição Federal. Brasília, 14 fev. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em 05 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 01 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil Brasileiro**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 02 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 02 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Diário de Justiça da União. Brasília, Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>> Acesso em: 31 dez. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/>>. Acesso em: 01 jan. 2019. <[Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)> Acesso em: 02 jan 2019. de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 10.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FERNANDES, Laura Lorena Stephanie Gomides; PAULA, Núbia Elizabett de Jesus. **USUCAPIÃO ESPECIAL DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS: uma possibilidade à luz do Estado Democrático de Direito**. Letras Jurídicas, v. 3, nº 2, 2º semestre 2015. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2016/09/LJ-0529.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 17.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

FIUZA, César; SA, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato deOliveira (Coord.). **Direito civil: Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FORTINI, Cristiana. **A função social dos Bens Públicos e o mito da imprescritibilidade**. In: Revista Brasileira de Direito Municipal, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. abril/junho, 2004.

GONÇALVES, Camila Soares. **Usucapião de bens públicos**. Belo Horizonte: Jornal Hoje em Dia, 2018. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/blogs/direito-hoje-1.335788/usucapi%C3%A3o-de-bens-p%C3%BAblicos-1.631253>> Acesso em: 05 jan. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos reais. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2001.