



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VIABILIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL CONFORME A REALIDADE
SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA

Lisiane Cristina Pereira da Silva

Rio de Janeiro
2017

LISIANE CRISTINA PEREIRA DA SILVA

VIABILIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL CONFORME A REALIDADE
SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

VIABILIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL CONFORME A REALIDADE
SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA

Lisiane Cristina Pereira da Silva
Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – O déficit de moradia no Brasil é questão de política pública prioritária e essencial para a reorganização dos grandes centros urbanos, fato que enseja a interpretação das normas constitucionais de proteção absoluta aos bens públicos pelo viés social. Assim, com o objetivo de se buscar uma sociedade mais justa e igualitária, a Constituição Federal de 1988 positivou em seu art.6º, dentre outros direitos sociais, o direito de moradia. Dessa maneira, há de se defender a relevância que o direito de moradia tem sobre o direito de propriedade, embora ambos estejam positivados como direitos fundamentais da CRFB. Para isso, a proposta desse estudo é aferir a possibilidade de relativização da regra constitucional de vedação da usucapião de bens públicos, a fim de se estender a estes, também, a observância do princípio da função social da posse e propriedade, especificamente no que tange aos bens públicos desafetados. Isso porque, segundo o §2º, do art.182 da CRFB, o exercício pleno da propriedade cede lugar ao interesse público, que submete todo e qualquer proprietário ao cumprimento da função social da propriedade, nos termos da ordenação da cidade, expressa no Plano Diretor de cada cidade.

Palavra-chave – Direito Constitucional e Direito Civil. Usucapião. Direito social de moradia. Função Social da Propriedade. Imprescritibilidade do Bem Público.

Sumário – Introdução. 1. A origem e evolução da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento pacificador de conflitos sociais. 2. Mecanismos de regularização do direito de moradia e seus reflexos para além da propriedade privada. 3. Aplicação do princípio da função social da propriedade ao bem público dominical para fins de usucapião. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a discussão sobre a viabilidade da usucapião de bens públicos como relevante instrumento de concretização de políticas públicas de combate ao déficit de moradia no Brasil.

Tem por escopo a reflexão acerca da possibilidade da extensão do instituto da usucapião aos bens públicos sob a ótica de uma interpretação sistemática das normas constitucionais que prescrevem o interesse público primário e secundário, a que se compromete o poder público.

Para tanto, investigam-se as correntes doutrinárias jurídicas e sociológicas e os entendimentos jurisprudenciais sobre a proposição, com o intuito de estabelecer a ponderação

entre os princípios constitucionais que tutelam os diferentes direitos envolvidos e a prevalência de um deles como objetivo estatal a ser perseguido.

No Brasil, a usucapião é meio de pacificação de conflitos sociais relacionados à propriedade e posse. Conquanto esse tipo de aquisição de propriedade se limite apenas aos bens de natureza privada, visto que os bens públicos possuem absoluta proteção patrimonial na CRFB.

Com efeito, o tema é polêmico, tendo em vista a aparente colisão entre a norma constitucional que veda a usucapião de bens públicos e a norma de garantia constitucional do direito à moradia, erigido, assim, dentre os direitos sociais insculpidos no artigo 6º da CRFB/88, cujas prestações são de responsabilidade do Estado.

Nesse contexto, cogita-se sobre a possibilidade de se opor ao bem público dominical o princípio da função social da propriedade, a fim de que o bem possa, efetivamente, servir ao interesse da sociedade. Ainda, procura-se aliar as diversas normas infraconstitucionais que regularizam a questão fundiária no Brasil e seus mecanismos de política habitacional a uma interpretação constitucional mais ampliativa da usucapião.

Assim, o capítulo primeiro da pesquisa dispõe sobre o conceito do instituto da usucapião, o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, a sua utilização como mecanismo estatal de concretização do direito à moradia e as exceções à sua aplicação.

A seguir, o próximo capítulo procura identificar nas principais leis especiais que regulamentam a questão fundiária no Brasil, a natureza do bem submetido ao interesse público descrito na norma, os mecanismos utilizados na implementação das políticas habitacionais e se os efeitos produzidos possibilitam uma interpretação constitucional mais ampliativa do instituto da usucapião.

Por fim, o terceiro capítulo enfrenta a necessidade de ponderação dos interesses em conflito, de um lado a norma-regra da imprescritibilidade de bens públicos e de outro, a norma-princípio que elege o direito fundamental à moradia, nos casos em que não há destinação específica a determinado bem público.

A pesquisa que se pretende realizar será qualitativa, tendo em vista que a pesquisadora se valerá de bibliografia referendada no âmbito jurídico, como legislação, doutrina e jurisprudência, com a finalidade de alcançar os argumentos que melhor se amoldem ao tema ora proposto.

1. A ORIGEM EVOLUÇÃO DA USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR DE CONFLITOS SOCIAIS

No Brasil, a Usucapião é meio de pacificação de conflitos sociais relacionados à propriedade e posse. Falar em pacificação quando se tem na verdade uma invasão legalmente constituída em solo alheio pode soar contraditório, mas a história reflete que a luta pela posse e propriedade tem duas faces: a necessidade de muitos submetida à vontade de poucos.

A origem de tal instituto no território brasileiro remonta à época da colonização portuguesa, na qual submeteu os habitantes indígenas ao novo domínio do solo, a princípio, como meio de catequização e conversão desse povo pela Igreja Católica, que outorgava aos reis o domínio da terra por ela usurpada, por meio da chamada “Bula”¹. Desse modo, todas as questões de posse e uso exclusivo da terra eram submetidas ao Papa, que por meio das Bulas titulavam para os reis as terras.

O início da colonização do Brasil, diante da abundância de terras e falta de mão-de-obra, demandou um sistema que fixasse o homem à terra e em contrapartida, oferecesse concessões de terrenos, no sentido de facilitar o uso e a posse da terra. Assim, vigia a prática da presúria, que era a ocupação das terras pertencentes ao rei, mas de difícil defesa e cultivo, a serem conquistadas e convertidas em terras povoadas e produtivas pelo particular, sem intervenção prévia da Coroa Portuguesa.²

Mas esse modelo de aquisição de propriedade se esvaziou, pois, à medida em que a população aumentava em Portugal, aumentava também o conflito resultante de ocupações inadequadas. Daí, surgiram os sesmeiros encarregados da nova distribuição de terras, não se permitindo mais novas presúrias. Com a instituição da sesmaria pela Lei de 1.375, tida posteriormente como Lei das Sesmarias, que regulava a ocupação do solo estipulando como condição de posse a obrigatoriedade do cultivo, trazia como sanção a expropriação da gleba não cultivada.³

Tem-se, portanto, o desenho da formação da propriedade privada no Brasil, afastando-se, por ora, o aspecto punitivo do instituto da sesmaria, pois objetivo precípua de Portugal era garantir a extração de riquezas e o combate aos invasores externos por meio da ocupação. Logo, não importava mais o cultivo exigido na lei para a caracterização da posse, visto que, o território

¹ PORTO apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Propriedade e Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.9

² PEREIRA apud *ibid.*, p.18.

³ RAUL apud *ibid.*, p.21.

fora dividido em capitânicas, um quase regime de feudos, que demandavam um custo altíssimo para a sua manutenção, o que fez com que muitas ficassem completamente abandonadas⁴. Nesses termos, o sesmarialismo colonial brasileiro foi se adaptando às necessidades locais, tendo em vista que esse sistema de sesmaria foi a causa principal do latifúndio no Brasil.

Com isso, foram reduzidas as extensões de novas sesmarias e declaradas caducas as terras não cultivadas, que retornavam ao seu donatário originário e eram repassadas para quem as cultivasse, ou seja, era nítida a necessidade de se observar a finalidade daquela concessão, qual seja a cultura do solo.

Todo esse processo consolidou o mecanismo de aquisição de terras que vimos até hoje, pois a praxe era que as terras não cultivadas, as chamadas devolutas, poderiam ser apropriadas, a despeito do regime legal de sesmarias, cujo requerimento era moroso. Por conseguinte, era mais fácil se apossar do solo improdutivo para dar a ele a finalidade adequada.

Somente em 1850, com a edição da Lei nº 601⁵, intitulada de Lei de Terras, é que se reconheceu o direito de proteção e legitimação da posse dos pequenos agricultores que ocupavam as terras para fins laborais, ou seja, cuidavam de pequena terra na qual se mantinham com o seu trabalho de cultivo ou de criação animal, denominada de posse-trabalho.

Em princípio, parece que a lei resolveria a questão da má distribuição de terras no Brasil, não fosse, justamente, a intervenção dos grandes latifundiários preocupados com a questão da venda das terras devolutas que retiraria a já tão escassa mão-de-obra barata a serviço das suas terras. Toda essa movimentação ruralista impulsionou a ocupação irregular das faixas urbanas, acirrando o conflito possessório entre a população de baixa-renda e os latifundiários e o Estado.

Apesar disso, a Lei foi de extrema importância para que o governo definisse as terras devolutas e suas demarcações após legitimação das posses, concessões e revalidação de sesmarias, visando a venda de tais terras para fins de colonização⁶.

⁴ RIBEIRO apud *ibid*, p.24.

⁵ BRASIL. *Lei n. 601*, de 1.850, art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: § 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁶ *Ibid.*, art. 3º São terras devolutas: § 1º As que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. § 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei. § 4º As

Em suma, pode-se afirmar que a usucapião de terras públicas era reconhecida como norma, evidenciada pelo cultivo do solo e pela moradia. Somente com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, é que a tese da imprescritibilidade do bem público começou a ser ventilada, a partir da interpretação dada ao art. 67, do referido diploma legal, que previa a inalienabilidade dos bens públicos⁷, abrindo-se espaço, todavia, à hipótese de usucapião de bens dominicais, segundo a tese contrária à imprescritibilidade.

Tanto era assim, que a própria Constituição Federal de 1934, em seu art.125, concebeu uma modalidade de usucapião constitucional de qualquer tipo de terra, devolutas ou particulares, condicionada ao trabalho e moradia⁸, a chamada usucapião *pro labore*. Salienta-se que a mesma concepção foi reproduzida na Constituição Federal de 1937.

Percebe-se, que as transformações sociais, econômicas e políticas ao longo do tempo trouxeram recorrentes mudanças legislativas acerca do uso da terra, desembocando, ao final, na legitimidade da posse, em razão da função social da propriedade.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, para fins de usucapião, fixou a função social voltada para o exercício da propriedade particular, como instrumento urbanístico da sociedade.

Mas isso não seria um contraponto à liberdade do direito fundamental de propriedade⁹? A resposta é não, uma vez que não há direito fundamental absoluto, cabendo a ponderação de um direito frente a outro.

Afora a CRFB de 1988, o Código Civil de 2002¹⁰, bem como a Lei nº 10.257 de 2001¹¹, denominada de Estatuto da Cidade, também estabelecem as modalidades de usucapião para fins

que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁷ BRASIL. *Lei n. 3.071*, de 1916, art. 67. Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1934, art. 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, art.5º, XXII - é garantido o direito de propriedade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*, art. 1.228, §4º; art.1.238, PU; art.1.239; art. 1.240, PU; art.1.240-A e art.1.242 e PU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 10.257*, de 2001, art. 9º; art. 10. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

de moradia. A finalidade do instituto da usucapião é, pois, reconhecer o direito à moradia daqueles indivíduos ou grupos familiares menos favorecidos, que estabelecem o seu habitat de forma clandestina, em assentamentos precários, tais como em favelas, loteamentos irregulares na periferia das cidades, conjuntos habitacionais abandonados, todos na informalidade.

Bom frisar que o direito à moradia só foi reconhecido como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000¹². Logo, se é um direito fundamental deve haver uma contraprestação positiva do Estado, com o papel claramente intervencionista e planejador, a fim de se buscar a tão almejada igualdade social. Haveria, então, uma sobreposição do direito à moradia ao direito de propriedade?

Como já foi visto, não existe hierarquia entre os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, contudo, é forçoso reconhecer que a moradia é uma necessidade básica do cidadão, inerente à dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, ainda, que o aspecto relevante no que toca às questões envolvendo posse e propriedade até os dias atuais diz respeito à funcionalidade da propriedade como requisito primordial para a sua aquisição e manutenção. Logo, haveria, necessariamente, uma subordinação implícita, do direito de propriedade ao direito de moradia.

Dessa maneira, o instituto da usucapião no ordenamento brasileiro foi se aprimorando conforme as necessidades de cada época. No processo inicial de colonização, por exemplo, a ocupação sem prévia autorização foi mecanismo essencial para Portugal manter o seu domínio sobre as terras brasileiras de ameaças externas. Hoje, a demanda é outra, tendo em vista que a histórica forma de ordenação do solo brasileiro convergiu no atual e caótico cenário de ocupação das áreas urbanas.

Por conseguinte, a usucapião continua sendo importante instrumento de pacificação social nos conflitos fundiários, e, inclusive, como se verá a diante, traduz a vontade do legislador constituinte, sob a forma de regularização fundiária dos assentamentos, tidos estes como núcleos urbanos informais pela lei ordinária.

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26*, de 2000, art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm.>. Acesso em: 06.mar.2017.

2. MECANISMOS DE REGULARIZAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA E SEUS REFLEXOS PARA ALÉM DA PROPRIEDADE PRIVADA

A regularização fundiária de interesse social é um dos meios de solução ou minimização dos graves problemas sociais que enfrentam as cidades brasileiras. Por meio dela se concede diversos direitos reais, considerados assim no art. 1.225 do Código Civil¹³, à determinado grupo de pessoas que preencha os requisitos das respectivas leis instituidoras da medida.

Tal instituto está previsto na recém-aprovada Lei nº 13.465/2017, que atualizou a Lei federal nº 11.977, de 2009, mais conhecida como “minha casa minha vida”. Constitui, pois, importante instrumento de política pública que viabiliza o direito de habitação para pessoas de baixa renda, principalmente porque facilita a regularização de imóveis públicos e privados ocupados de forma irregular no âmbito urbano.

No que toca à ocupação irregular de imóvel em perímetro urbano, que a Lei nº 13.465/2017 chama de “núcleo urbano informal”, a intenção é atingir a posse irregular, tida como clandestina, ou aquela na qual não foi possível realizar a titulação de seus ocupantes pela legislação anterior.

O processo de regularização fundiária da mencionada Lei visa a concretização de títulos por meio da emissão de documentos que abrangem, dentre outros direitos reais, a legitimação da posse de imóvel privado - com possibilidade de conversão em título de propriedade por meio da usucapião Especial, do artigo 183 da CRFB ou da usucapião Ordinária e Extraordinária do Código civil¹⁴-, bem como a legitimação fundiária, este último inclusive em áreas públicas.

Especificamente no ponto que toca à regulamentação da legitimação de posse e da legitimação de propriedade, a Constituição Federal de 1988, perseguindo uma maior efetividade das normas constitucionais programáticas que emanam deveres de prestações positivas, impôs uma concorrência de atribuições na área de habitação aos três níveis de governo.¹⁵

¹³ BRASIL., op. cit., nota 10, art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso; e XIII - a laje. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 13.465*, de 11 de julho de 2017, art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei.

§ 1º Nos casos não contemplados pelo art. 183 da Constituição Federal, o título de legitimação de posse poderá ser convertido em título de propriedade, desde que satisfeitos os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado, perante o registro de imóveis competente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro abarca diversas leis que tratam do processo de urbanização, incluindo as formas de regularização fundiária até a sua conclusão com o efetivo registro público gratuito, conforme artigo 213, §15 da Lei nº 6015 de 1973 (Lei de Registro Público)¹⁶.

No âmbito municipal, o poder público assume a responsabilidade pela formulação, implementação e avaliação de sua política urbana, estabelecida no Plano Diretor, nos termos da Lei nº 10.257 de 2001 (Estatuto da Cidade), com a finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, inclusive a demarcação urbanística para fins de regularização fundiária¹⁷.

Voltando à Lei nº 13.465/2017 que trata da regularização fundiária urbana - Reurb, como visto, a legitimação de posse em imóvel privado pode ter a sua conversão em direito real de propriedade quando atingido os requisitos legais da usucapião¹⁸.

Assim, é facultada ao possuidor a conversão da legitimação da posse em propriedade, nos termos da usucapião especial do artigo 183, da CRFB¹⁹ e do artigo 9º, do Estatuto da Cidade²⁰; bem como a conversão da legitimação da posse na modalidade de usucapião ordinária

¹⁵MOREIRA, Camilla Fernandes. ALEXANDRE, Alessandro André. *A Moradia e Desenvolvimento: Aspectos Jurídicos e Políticas Públicas Setoriais no Brasil*. Pesquisa desenvolvida durante o Programa de Bolsas Institucional de Iniciação Científica FAPEMIG/UFU 2010 – 2011. Tema desenvolvido em dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 6015 de 1973*, art. 213, §15. Não são devidos custas ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁷ BRASIL., op. cit., nota 11, art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: III planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; V – institutos jurídicos e políticos: j) usucapião especial de imóvel urbano; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009); u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009). 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. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁸ BRASIL., op. cit., nota 14, art.26. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁹ BRASIL., op. cit., nota 9, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

ou extraordinária, previstas no Código Civil. Em ambos os casos, o registro do título de legitimação de posse e a sua conversão em título de propriedade se efetiva no Cartório de Registro de Imóveis competente, de forma gratuita.

Nota-se que esse tipo de usucapião, conhecida como Usucapião Administrativa, tem procedimento extrajudicial simples e visa, além do cumprimento do direito à moradia do artigo 6º, da CRFB²¹, também o da função social da propriedade, pois, uma vez regularizado o imóvel seu proprietário passa a ter garantias e possibilidade de acesso a crédito com garantia real.

Bom frisar que a Lei em comento obsta a legitimação da posse de imóvel público²², uma vez que a Constituição Federal veda a usucapião de bens públicos, mesmo aqueles ociosos. De outra parte, a própria lei concede a Legitimação Fundiária àqueles que detenham unidade imobiliária em área pública²³.

Tendo em vista o relevante aspecto social das medidas de regularização fundiária, um questionamento se faz necessário, qual seja a possibilidade de uma interpretação mais ampliativa no que toca à proibição de usucapião de bens públicos para fins de moradia, contida no §3º, do artigo 183 da Constituição Federal. Sobre essa restrição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴ prediz que:

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

²⁰ BRASIL., op. cit., nota 11, art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 9, art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

²² BRASIL., op. cit., nota 14, art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei. § 2º A legitimação de posse não se aplica aos imóveis urbanos situados em área de titularidade do poder público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²³ Ibid., Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p.791.

Ora, se o efeito da norma infraconstitucional de regularização fundiária é de reforçar tanto o direito constitucional de propriedade quanto a sua função social (ordenados no Plano Diretor) àqueles que detêm somente o domínio de fato do imóvel, o mesmo sentido haverá de ser compartilhado com as situações excepcionadas na lei.

Assim, quando o imóvel em litígio for de titularidade de ente público, desde que verificado o descumprimento da função social a que toda propriedade se submete (no caso do ente público, a sua destinação conforme o interesse público) e dentro dos requisitos legais para a aquisição da propriedade urbana, estaria o bem público apto também a sofrer a usucapião constitucional.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AO BEM PÚBLICO DOMINICAL PARA FINS DE USUCAPIÃO

O legislativo busca, há tempos, dar funcionalidade à propriedade diante de uma realidade concreta, além daquela patrimonial, ao exigir também de seu titular condutas positivas que atendam ao interesse social. Não é mais admissível, portanto, que o proprietário deixe o seu imóvel sem a devida destinação, ou mesmo que o faça em detrimento da sociedade.

Na verdade, a Constituição Federal trouxe em seu arcabouço normativo princípios direcionados à pacificação de conflitos entre possuidores e proprietários. Basicamente, são situações em que se tem de um lado, a posse com função social, e, do outro, a propriedade sem função social²⁵. A exemplo, o inciso XXII do artigo 5º, da Constituição Federal²⁶, diz que a propriedade é um direito constitucional, apenas. Entretanto, a interpretação da norma, neste caso, deve ser ampliativa, a fim de se estender à posse o mesmo status constitucional. É o que ensinam Farias e Rosenvald ²⁷:

traçando um inevitável paralelo, posse e propriedade assemelham-se à união estável e ao casamento. Não há subordinação ou primazia de uma entidade familiar sobre a outra; ambas são formas distintas de satisfação de afetos, mas merecedoras de idêntica tutela constitucional. A par da possibilidade de conversão da união estável em matrimônio, as relações entre conviventes conferem-lhes todas as consequências jurídicas destinadas ao casamento, sendo inconstitucional qualquer norma discriminatória – como

²⁵ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Propriedade e Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.386.

²⁶ BRASIL., op. Cit., nota 9, 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: XXII - é garantido o direito de propriedade; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: Direitos Reais*. V. 5. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.67.

infelizmente situam-se as regras do novo Código Civil –, pois a situação fática dos companheiros é um modo inequívoco de desenvolvimento da personalidade, exercício da liberdade e preservação de intimidade perante a intervenção estatal.

Por isso, posse e propriedade estão inseridas na mesma norma constitucional, e, conseqüentemente, ambas devem atender à função social, embora, a realidade seja outra, uma vez que a lei somente protege a posse funcionalizada quando for possível a sua conversão em propriedade pela usucapião.²⁸

Assim, como dito no capítulo anterior, a legitimação de posse das moradias em assentos informais, prevista na Lei nº 13.465/2017²⁹, embora não seja uma inovação³⁰, é uma forma de aquisição originária, extrajudicial, da propriedade, quando ocorre a conversão em propriedade (uma alternativa à ação de usucapião). É, pois, uma posse com função social que poderá ser convertida em propriedade nos termos da lei de regulamentação fundiária, exceto se a propriedade assentada for pública.

Nessa esteira, não obstante o entendimento de que a propriedade pública implicitamente estaria cumprindo a sua função social por estar sob o domínio do ente público, o direito de propriedade gera ônus para todo e qualquer proprietário.

Dessa forma, diante do aparente conflito entre a norma-regra da vedação à usucapião de bens públicos, do §3º, do art.183, ambos da CRFB³¹ e o direito fundamental à moradia, do art.6º da CRFB³², norma programática que exige a prestação positiva do Estado, seria razoável que o

²⁸ TORRES, op. cit., p.389.

²⁹ BRASIL., op. cit., nota 14, art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei. Art. 26. Sem prejuízo dos direitos decorrentes do exercício da posse mansa e pacífica no tempo, aquele em cujo favor for expedido título de legitimação de posse, decorrido o prazo de cinco anos de seu registro, terá a conversão automática dele em título de propriedade, desde que atendidos os termos e as condições do art. 183 da Constituição Federal, independentemente de prévia provocação ou prática de ato registral. § 1º Nos casos não contemplados pelo art. 183 da Constituição Federal, o título de legitimação de posse poderá ser convertido em título de propriedade, desde que satisfeitos os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado, perante o registro de imóveis competente.

§ 2º A legitimação de posse, após convertida em propriedade, constitui forma originária de aquisição de direito real, de modo que a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada restará livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio beneficiário. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

³⁰ DI PEITRO, op. cit., p.761: a legitimação de posse foi prevista, pela primeira vez, na Lei nº 6 0 1, de 1850 (Lei de Terras), (...). (...) Na Constituição de 1967, a legitimação de posse foi prevista no artigo 164 (em substituição à usucapião pro labore, assegurado nas Constituições de 1 934, 1 93 7 e 1 946).

³¹ BRASIL., op. cit., nota 7.

³² BRASIL., op.cit., nota 9.

princípio da função social da propriedade não fosse aplicado a todo e qualquer bem público que não tenha destinação específica?

Para a doutrina contemporânea, a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais é difundida, dentre outros, por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Neste caso, os autores admitem a posse por particulares sobre os chamados bens públicos dominicais, esvaziados de destinação pública, conceituados no art.100 do Código Civil³³.

Nessa lógica, os mencionados autores classificam o bem em formalmente e materialmente público. O bem formalmente público é aquele que carece de função social, sendo assim, por não alcançar o objetivo precípuo que é o bem comum, o titular do direito subjetivo à moradia poderia invocá-la contra o Estado.³⁴

Ainda que não se possa aplicar as mesmas sanções jurídicas arcadas pelo particular, previstas no §4º e incisos do artigo 182 da CRFB (por exemplo, parcelamento e desapropriação), em razão do princípio federativo, a propriedade pública que não cumpre a finalidade a que se destina poderia se sujeitar, então, à usucapião.

Sobre a importância da função social da posse de bens públicos, Farias e Rosenvald³⁵ concluem:

se a posse de bens particulares terá função social, necessariamente a posse de bens públicos “é” função social, mesmo quando desafetados. O bem público abandonado trai a sua própria vocação. A pessoa que inicia uma ocupação sobre esse bem exerce posse natural e não mera detenção, pois atua em nome próprio. Caso o Estado tentione recuperar o poder fático sobre o bem, será pelo devido processo legal.

Logo, a função social da posse impõe ao ente público maior fiscalização sobre o bem, daí que não se pode concluir que desde o início a função social está sendo cumprida por ele.

Portanto, a imprescritibilidade do bem público não pode ser considerada absoluta, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse, quando há garantias fundamentais violadas na sociedade, como o direito à moradia em condições dignas.

³³ BRASIL., op. cit., nota 10, art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

³⁴ FARIAS; ROSENVALD, op.cit, 2015, p.62.

³⁵ Ibid., p.102.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o déficit de moradia no Brasil deve ser tratado como prioridade na política pública dos entes estatais, no sentido da implementação de moradias para os mais necessitados. Embora ao longo dos anos, os governos tenham buscado soluções legais (e oportunas, na maioria das vezes) direcionadas à solução da escassez de habitação, a questão da proibição da usucapião de bem público desafetado continua, ainda, a desafiar o bom senso.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro concentra instrumentos úteis na promoção do direito social da moradia, como a usucapião de bens particulares, prevista na CRFB, bem como a regularização fundiária da Lei nº 11.977/2009, atualizada pela Lei nº 13.465/2017, que regulariza os assentos urbanos informais em área pública e privada, proibindo a lei, contudo, a usucapião em imóveis públicos.

O efeito de tal norma infraconstitucional de regularização fundiária é de reforçar tanto o direito constitucional de propriedade quanto a sua função social. Entendemos, assim, que igual sentido haverá de ser compartilhado com as situações excepcionadas na lei, como a vedação constitucional à usucapião de qualquer bem público, mesmo aqueles que não estão cumprindo a sua destinação final, qual seja o interesse público.

Portanto, imprescindível que o princípio da função social da posse e da propriedade, erigido na norma constitucional, tenha valor reconhecido no âmbito administrativo de modo a permitir que a proteção constitucional absoluta dos bens públicos seja interpretada pelo viés social.

A doutrina moderna, inclusive vem defendendo a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais, ou seja, aqueles bens esvaziados de destinação pública, conforme preceituação do art.100 do Código Civil.

Logo, se tais bens públicos não correspondem ao objetivo precípua que é o bem comum, o titular do direito subjetivo à moradia poderia acionar o Estado, invocando a proteção do seu direito, uma vez que é impossível aplicar contra o ente público os mecanismos sancionadores hábeis a garantir o cumprimento das funções sociais da cidade e o atendimento da função social da propriedade, previstos no §4º, e incisos, do art.182 da CRFB.

Dessa maneira, a proteção jurídica de tais normas, como a vedação à usucapião, não alcançaria aqueles bens públicos ociosos, que não atendam à função social da propriedade (ao interesse público), em prol do direito fundamental à moradia, inserido no artigo 6º da CRFB de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Lei ordinária n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. IPEA. *Moradia e Desenvolvimento: aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>>. Acesso em: 06 de mar. 2017.

_____. *Camilla Fernandes Moreira e Alessandro André Alexandre. A Moradia e Desenvolvimento: aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil*. Pesquisa desenvolvida durante o Programa de Bolsas Institucional de Iniciação Científica FAPEMIG/UFU 2010 – 2011. Tema desenvolvido em dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>>. Acesso em: 06 de mar. 2017.

DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves, de et al. *Curso de Direito civil: Direitos Reais*. V.5. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental Social à Moradia: aplicação, limites e a responsabilidade do Estado Brasileiro*. Brasília, s.d. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a posse, um confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2. ed.