

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS
PÚBLICOS DOMINICAIS E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

FABIO FIGUEIRA NOBREGA

Rio de Janeiro

2019/2º semestre

FABIO FIGUEIRA NOBREGA

A USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS
PÚBLICOS DOMINICAIS E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Andréia Fernandes de Almeida Rangel**.

Rio de Janeiro

2019/2º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

N754u Nobrega, Fabio Figueira
A USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS: UMA
ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS
BENS PÚBLICOS DOMINICAIS E SUA ADEQUAÇÃO
CONSTITUCIONAL / Fabio Figueira Nobrega. -- Rio de
Janeiro, 2019.
62 f.

Orientadora: Andréia Fernandes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Bens públicos dominicais. 2.
Imprescritibilidade. 3. Função social da
propriedade. 4. Interesse público. I. Fernandes,
Andréia, orient. II. Título.

FABIO FIGUEIRA NOBREGA

A USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS
PÚBLICOS DOMINICAIS E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Andréia Fernandes de Almeida Rangel.**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019/2º semestre

RESUMO

O presente trabalho possui como foco a característica da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais constante da Constituição Federal de 1988. A pesquisa tem como objetivo investigar os argumentos que sustentam esta posição para saber se há, por trás do texto constitucional, justificativas juridicamente válidas para este posicionamento ou se se trata de mera opção do constituinte sem que haja uma teoria mais profunda que a sustente. Foram três os principais argumentos utilizados como justificativa deste posicionamento, sendo eles: *i*) a ideia de que a imprescritibilidade seria consequência direta da inalienabilidade originária dos bens públicos; *ii*) o princípio da função social presumida dos bens públicos; e *iii*) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Traçando-se uma análise destes argumentos em face das noções de interesse público e função social da propriedade, percebe-se que eles são capazes de justificar a imprescritibilidade de bens materialmente públicos, mas não fazem sentido no tocante aos bens dominicais. A vedação à usucapião de bens dominicais, portanto, contradiz o que preconizam os próprios princípios constitucionais.

Palavras-chave: bens públicos dominicais; imprescritibilidade; função social da propriedade; interesse público.

ABSTRACT

The present article has as its characteristic focus the imprescriptibility of the public patrimony contained in the Federal Constitution of 1988. The research aims to investigate the arguments that support this position to know if there is, behind the constitutional text, legally valid justifications for this position or if it is a simple choice of the constituent without a deeper theory to support it. There were three main arguments used to justify this thesis, namely: i) the idea that imprescriptibility would be a direct consequence of the original inalienability of public patrimony; ii) the principle of the presumed social function of the public patrimony; and iii) the principle of supremacy of public over private interest. By analyzing these arguments in the face of the notions of public interest and the social function of property, one realizes that they are capable of justifying the imprescriptibility of materially public patrimony, but make no sense regarding the formally public patrimony. The prohibition against usucaption of formally public patrimony, therefore, contradicts what the constitutional principles themselves advocate.

Key-words: public patrimony; imprescriptibility; social function of property; public interest.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - A IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS	13
1.1 O INSTITUTO DA USUCAPIÃO E A CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS	13
1.2 BENS DO DOMÍNIO PRIVADO DO ESTADO E BENS DO DOMÍNIO PÚBLICOS DO ESTADO.....	19
1.3 A ORIGEM DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS	24
1.4 OS FUNDAMENTOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS	28
1.5 A IMPRESCRITIBILIDADE COMO DECORRÊNCIA DA INALIENABILIDADE ORIGINÁRIA DOS BENS PÚBLICOS	32
CAPÍTULO II - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	34
2.1 A CONCEPÇÃO HODIERNA DOS PRINCÍPIOS E A PREPONDERÂNCIA DO DIREITO PÚBLICO	34
2.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO FUNDAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS	35
2.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO COROLÁRIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	38
2.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO DA USUCAPIÃO	42
CAPÍTULO III - OS MITOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS.....	45
3.1 O MITO DA FUNÇÃO SOCIAL PRESUMIDA	45
3.2 O MITO DA IMPRESCRITIBILIDADE COMO CONSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	48
3.3 A CONTRADIÇÃO CONSTITUCIONAL	53
CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS	56

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59
---	-----------

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar a fundo na pesquisa proposta, importante traçar uma breve e necessária nota introdutória ao tema deste trabalho para que se possa delimitar precisamente o foco da discussão e esclarecer os motivos da escolha do tema bem como para delimitar com precisão quais são as hipóteses, problemas, variáveis e objetivos deste trabalho, além de destacar as técnicas e métodos de abordagem que serão utilizados.

A investigação vai ter como ponto principal a análise dos aspectos constitucionais e principiológicos acerca da vedação à aquisição de bens públicos dominicais por meio da usucapião. Ou seja, serão analisados os fundamentos e justificativas que sustentam as disposições dos artigos 182, § 3º e 191, parágrafo único. A questão central recairá, portanto, sobre a impossibilidade de um particular usucapir um bem público dominical e se esta proibição possui fundamento constitucional válido que a justifique.

A abordagem do tema será feita levando em conta as definições e requisitos advindos do Código Civil no tocante à usucapião e os princípios constitucionais que servem de fundamento tanto para a existência da usucapião como para a referida vedação constante na nossa Carta Magna. Também será fundamental que seja analisado se a noção hodierna sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se presta a fundamentar a vedação constitucional.

A pesquisa terá como limitação temporal a promulgação do código Civil de 1916, uma vez que fora este diploma que inseriu em nosso ordenamento a usucapião, tema central da pesquisa. Todavia, o foco da discussão será a partir da promulgação da Constituição de 1988, pois foi este diploma que alterou o ordenamento jurídico para instituir o paradigma da principiolgia e de garantias fundamentais, elementos que serão centrais e de extremo relevo para a discussão.

A partir disso, portanto, a pergunta que surge e que será tida como a base de toda a investigação é: considerando os princípios da supremacia do interesse público e da função

social da propriedade, seria coerente, no plano constitucional, a vedação à usucapião de bens públicos que não estão afetados a uma finalidade pública (bens públicos dominicais)?

Logo, será esta a questão que irá orientar todo o estudo e investigação necessária para o desenvolvimento da pesquisa. Além do questionamento central mencionado, vislumbram-se outras questões conexas que necessariamente deverão ser expostas e enfrentadas para que o trabalho possa alcançar toda a amplitude sobre a discussão e se possa assim chegar a uma conclusão para a pergunta formulada.

Em primeiro lugar, será importante fazer uma pesquisa para determinar quais são as definições mais atuais e adequadas dos princípios constitucionais a que o tema se refere, quais sejam, o princípio da supremacia do interesse público e a função social da propriedade. Ainda nesta linha, será necessário, a nível constitucional, investigar se um destes princípios deve prevalecer sobre o outro ou não.

Outro ponto também merecerá investigação mais detalhada. Para o desenvolvimento desta pesquisa será preciso pesquisar se o interesse público se faz presente nos bens públicos quando estes não estão mais afetados à prestação de um serviço público e, desta maneira, buscar entender de que maneira estes bens, que não se prestam à consecução de nenhuma atividade pública, estaria atendendo ao interesse público de modo que justifique sua imprescritibilidade.

O debate ora proposto, portanto, pretende colocar a ideia de imprescritibilidade dos bens públicos dominicais (formalmente públicos) em contraponto com as concepções constitucionais de interesse público, supremacia do interesse público e função social da propriedade. Será investigada a maneira pela qual estes princípios sustentam ou negam esta a imprescritibilidade.

Assim, questiona-se de que modo estes bens estariam vinculados a um interesse público que dê ensejo à esta proteção? Se estes bens não possuem uma finalidade pública, qual seria o fundamento para sua imprescritibilidade? Diante disto, cumpre questionar se estes bens

seriam mesmo merecedores de tal proteção, pois se é o princípio da supremacia do interesse público que legitima a referida vedação, como legitimá-la frente à um bem que não tem destinação a qualquer serviço público?

O objetivo principal desta pesquisa, portanto, não é esgotar o tema e propor uma solução definitiva, mas tão somente realizar uma abordagem da discussão sob a perspectiva dos princípios constitucionais, investigando mais detalhadamente quais seriam os fundamentos e motivos para a proteção dos bens públicos dominicais quanto à aquisição por meio da usucapião.

A discussão que se aqui se coloca não é recente no mundo jurídico brasileiro, todavia, é certo os doutrinadores e aplicadores do direito não estão sequer perto de chegar a um consenso sobre o tema. Além disso, pouco foi estudado de maneira mais aprofundada de modo a investigar os fundamentos que justificam cada posição.

O presente tema, todavia, foi escolhido tendo em vista a relevância prática e teórica que possui. Trata-se de um assunto que, apesar de ser antigo e até bem conhecido, pouco se produziu de maneira mais aprofundada em prol de investigar os reais fundamentos de cada posição, tanto de quem admite quanto de quem nega a possibilidade de se usucapir os bens públicos dominicais. Muitos doutrinadores, alguns de grande reconhecimento, já se posicionaram sobre esta questão, entretanto está longe de haver algum consenso, trata-se de um tema ainda bastante obscuro. É por isso que esta área ainda guarda um amplo espectro de pesquisa ainda inexplorado. Assim, é de suma importância o seu aprofundamento em busca de avanços conceituais para nos se obter alguma evolução.

Em termos jurisprudenciais, este tema se mostra relevante mesmo que não seja uma discussão que frequentemente apareça nos tribunais. Não são numerosas as demandas levada aos tribunais brasileiros com a pretensão de reconhecer usucapião de um bem do Estado, porque há expressa vedação constitucional e a jurisprudência dos tribunais superiores se mostra pacífica no sentido de negar a possibilidade. Apesar disso, o estudo jurisprudencial será valioso para se observar as importantes mudanças e flexibilizações que o judiciário brasileiro

vem empregando em relação ao tema, gerando, assim, o surgimento de precedentes divergentes que caminham no sentido de reconhecer esta possibilidade.

Por fim, no plano prático também há razões que justificam a escolha do tema. Apesar de nossa Constituição prever uma gama enorme de direitos, dificilmente os vemos refletidos em nossa realidade. O Brasil é um país subdesenvolvido que convive com uma série de graves questões sociais, sendo uma das mais preocupantes a falta de moradia. Neste panorama, o presente tema se mostra relevante, uma vez que investiga a possibilidade de que imóveis sem destinação à uma finalidade pública possam ser utilizados para efetivar o direito à moradia, por exemplo.

A metodologia de abordagem ao tema será a mais ampla possível a fim de que sejam analisados todos os aspectos relevantes à discussão. Mister se faz uma abordagem histórica para que se estude as motivações jurídicas e políticas que deram origem ao instituto da usucapião, bem como as razões da imprescritibilidade dos bens públicos, relacionado com as bases do princípio da supremacia do interesse público e função social da propriedade.

Entretanto, inevitavelmente, a base do estudo se dará através de textos legais, jurisprudenciais e doutrinários, tendo em vista ser este um trabalho eminentemente jurídico e teórico. O método dialético de abordagem se fará presente, vez que frequentemente serão confrontados os posicionamentos divergentes sobre o assunto, analisando-se cada argumento e seus respectivos fundamentos.

Importante destacar ainda que a investigação se propõe também a ser eminentemente jurídica. A proposta da pesquisa é se atentar ao universo jurídico, isto é, analisar os ditames do direito para se aprofundar no debate. Em que pese isto, impossível negar que, por vezes, será inevitável citar fatores sociais a título de exemplos e fundamentações, mesmo porque se trata de um assunto com repercussão na sociedade e, também, pois o direito nunca está totalmente desconectado da realidade social do país.

Como já mencionado, a pesquisa busca compreender os fundamentos e motivações que estão por trás dos princípios e institutos jurídicos atinentes às matérias debatidas, principalmente o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a noção de função social da propriedade. Desta forma, o estudo terá uma perspectiva interpretativa teleológica, com ampla abordagem e exposições acerca da *ratio legis* dos temas buscando investigar o que está por trás dos institutos abordados.

Por fim, merece destaque também nesta nota introdutória o fato que a pesquisa terá uma abordagem multidisciplinar. O tema escolhido é matéria que não pode ser discutido dentro de apenas um ramo do direito. Em pese o instituto central ser originário do direito civil, o debate irá perpassar diversos outros ramos. Se restringida a análise ao direito civilista, não seria possível alcançar todo o debate. Destarte, será necessário se debruçar sobre diversos conceitos naturais do direito administrativo bem como traçar análises sob a ótica constitucionalista em relação aos princípios ora estudados.

CAPÍTULO I - A IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

1.1 O instituto da usucapião e a classificação dos bens públicos

O presente trabalho consiste na análise da vedação a usucapião de bens públicos sob a ótica dos princípios constitucionais, sendo os mais relevantes a função social da propriedade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, também chamado apenas de princípio da supremacia do interesse público.

De início, sem muito se alongar, cumpre fazer uma breve introdução à temática abordada. O instituto jurídico central da presente discussão é a usucapião, que é definida como o modo de aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo e mediante o cumprimento dos requisitos instituídos em lei¹. Em outras palavras, é uma hipótese de prescrição aquisitiva de um direito pelo uso ou posse prolongada, daí a origem da nomenclatura “*Usus Capere*”.

Há no ordenamento jurídico brasileiro uma série de espécies de usucapião, como a especial urbana, a espacial familiar, a ordinária, entre outras. Entretanto, todas possuem basicamente os mesmos requisitos gerais para sua concretização, são eles: a posse mansa e pacífica; o decurso do tempo; e o *animus domini*. Em que pese isto, cada espécie varia em relação ao tempo necessário para a aquisição e também há espécies que dispensam ou exigem justo título ou boa-fé.

No entanto, os requisitos específicos de cada espécie não serão detalhados e aprofundados, pois a presente pesquisa tem como objetivo se debruçar sobre o fundamento de existência e a *ratio legis* do instituto da usucapião como um todo. Desta maneira, é dispensável uma exposição mais profunda sobre cada espécie existente.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. 23ª. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV. p. 117.

O fundamento para a existência deste instituto, em suma, pode ser entendido como uma maneira para que seja dada uma destinação adequada socialmente a um bem que não está se prestando á sua finalidade central ou a alguma finalidade que seja de interesse social. Esta ideia é justamente o que preconiza o princípio da função social da propriedade (que será mais bem trabalhado adiante). Esta ideia surge de uma necessidade de limitar a utilização indiscriminada da propriedade privada. Por isso, a Constituição pátria de 1988, consagrou este ideal como direito e garantia fundamental no seu artigo 5º, inciso XXIII na, o qual dispõe que “*a propriedade atenderá sua função social;*”.

A Carta Magna menciona ainda o princípio da função social da propriedade nos dispositivos do capítulo da atividade econômica, com objetivo de limitar também a utilização indiscriminada da propriedade privada na atuação econômica. Vejamos o que preconiza o artigo 170, inciso III.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;”

Entretanto, são nos artigos 182, §2º e 186 que a Constituição de 1988 aborda os requisitos para que a função social seja cumprida. Neste sentido, para a propriedade rural cumprir sua função social deve estar de acordo com *i)* o aproveitamento racional; *ii)* a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio; *iii)* observância das disposições que regulam as relações de trabalho e *iv)* a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Enquanto para a propriedade urbana devem ser observadas as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

A ideia de função social de propriedade é uma consequência do novo direcionamento trazido pela Constituição de 1988 que concedeu maior relevância aos direitos fundamentais

em detrimento dos direitos patrimoniais². Desta maneira, este princípio é um mandado de otimização para que a propriedade atenda às suas finalidades sociais. Por isso, a utilização da propriedade contemplando unicamente os interesses do proprietário, de forma exclusiva e ilimitada, carece de amparo constitucional. Como precisamente define Gustavo Tepedino³:

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas “*una situazione giuridica soggetiva típica e complessa*”, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

Neste contexto, a usucapião se constitui como um meio de otimização do princípio da função social da propriedade de modo que busca garantir o exercício socialmente mais adequado da propriedade, garantido, entre outros, o direito à moradia, em detrimento do exercício da propriedade no seu caráter puramente patrimonialista.

No tocante ao instituto da usucapião mais especificamente, este consiste em um modo de aquisição originária da propriedade, que se dá em razão da aquisição pelo uso, em virtude do exercício prolongado de posse. O direito, desta maneira, não pretende premiar o possuidor, o legislador quer que a situação fática crie uma titularidade, a busca é por segurança jurídica. O legislador pretende tornar uma situação fática segura.

O Código Civil brasileiro define nos artigos 1.238 ao 1.244 uma série de espécies de usucapião admitidas em nosso ordenamento, que em que pese as especificações de cada uma, todas exigem, em maior ou menor escala, a posse prolongada e o decurso do tempo.

Todavia, feitas estas breves notas sobre o instituto central do trabalho, o cerne da presente investigação repousa na aplicação destes conceitos em relação aos bens públicos e na

² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. 3ª. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 283 e 284.

³ *Ibidem.* p. 316.

possibilidade de aplicação do instituto da usucapião em relação á esta espécie bens. É este o ponto de convergência da discussão.

Para tanto, faz-se mister destacar que, segundo o Código Civil de 2002, em seu artigo 98, os bens públicos são definidos como aqueles de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo os demais classificados como bens particulares. Nesta linha, os bens públicos são os de titularidade das pessoas jurídicas de direito público da administração direta, indireta, fundacional e autárquica ou mesmo os de titularidade de pessoas jurídicas de direito privado desde que vinculados à prestação de um serviço público⁴.

Ademais, a doutrina bem como o supramencionado Códex, em seu artigo 99, subdividem os bens públicos em três espécies levando em conta sua afetação a uma finalidade pública. De acordo com a classificação proposta por Rosenvald e Farias⁵ a primeira espécie são os *i*) bens públicos de uso comum do povo, que compreendem os bens que permitem acesso e utilização por qualquer pessoa, indiscriminadamente, a título gratuito ou oneroso. Os principais exemplos são as praças e ruas públicas. Estes, naturalmente, estão afetados á uma finalidade pública. A segunda espécie são *ii*) os bens de uso especial, sendo estes os bens que, estando afetados a uma finalidade pública, constituem instalações do próprio Poder Público para a efetivação dos serviços públicos, como escolas e tribunais, á título exemplificativo. Por fim, existem os *iii*) bens públicos dominicais, que são bens que não estão afetados a qualquer utilidade pública, sendo apenas patrimônio disponível do Estado. Cabe destacar que estes bens podem ser tanto móveis quanto imóveis, assim como títulos de dívidas e créditos.

O conceito de bens públicos dominicais é, portanto, residual. Caso o bem público não se encaixe na definição de bem de uso comum do povo e, da mesma maneira, também não seja definido como bem de uso especial, este será dominical. Ou seja, para ser classificado como bem dominical, não pode o bem servir ao uso público geral e, nem tampouco, se prestar à execução de atividades administrativas⁶.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13ª. ed.** São Paulo: Atlas, 2015. v. I. p. 444.

⁵ *Ibidem.* p. 444 e 445.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo. 28ª. ed.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 1.188.

Marçal Justen Filho define os bens públicos dominicais da seguinte maneira⁷:

Logo, o bem dominical é aquele que não é nem necessário nem útil à fruição conjunta do povo nem se constitui em instrumento por meio do qual se desenvolve uma atuação estatal, mas que não se constituem em efetivo instrumento de satisfação de necessidades coletivas.

Apesar desta importante classificação, a destinação dos bens públicos a uma finalidade pública não é relevantes para que o bem seja classificado como público. Isto, pois, mesmo o bem não servindo para qualquer interesse ou serviço público, este será considerado um bem público pelo mero pertencimento a uma pessoa jurídica de direito público interno. É o que se depreende da inteligência do artigo 98 do Código Civil. Desta maneira, portanto, o que prepondera é o pertencimento do bem ao Estado, sendo a sua destinação à prestação de um serviço público apenas uma subclassificação.

Cumprir observar também o parágrafo único do artigo 99 do Códex civilista, o qual determina que “*não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado*”. Em relação à falta de clareza da redação deste parágrafo único, destaca José dos Santos Carvalho Filho⁸:

Há duas hipóteses que teriam pertinência no caso: ou a pessoa de direito público se transforma em pessoa de direito privado, logicamente adotando a estrutura própria desse tipo de entidade; ou continua sendo de direito público, apenas adaptando em sua estrutura alguns aspectos (e não podem ser todos!) próprios de pessoas de direito privado. Ao que parece, somente essa segunda hipótese se conformaria ao texto legal, mas fica difícil entender a razão do legislador. Se a intenção foi a de tornar mais flexível a disponibilização dos bens dessas entidades, qualificando-os como dominicais, seria mais razoável que a lei responsável pela introdução da nova estrutura de direito privado já atribuísse aos bens a referida qualificação, e isso porque o novo diploma já estabelece que os bens dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (art. 101). Desse modo, não nos parece ter sido feliz o legislador nessa inovação.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed . rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.135.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 1.189.

Voltando as atenções mais especificamente aos bens dominicais, conceito central deste trabalho, para entender plenamente sua existência é fundamental que se tenha claro o conceito de afetação e desafetação dos bens públicos, ponto diferenciador desta para as demais espécies de bens públicos.

O conceito de afetação e desafetação (ou consagração e desconsagração) está diretamente relacionado com a destinação do bem à prestação de um serviço público. Desta maneira, por exemplo, uma praça pública e um prédio de um hospital naturalmente são bens afetados visto que se prestam a prestação de um serviço de interesse público. Por outro lado, um prédio público desocupado e abandonado, por não estar em função de qualquer destinação de interesse público, são bens públicos desafetados.

A partir disso, pode-se concluir que as espécies de bens públicos de uso comum e de uso especial sempre estarão afetadas, ao passo que, os bens dominicais estarão sempre desafetados. Contudo, este conceito não está ligado à natureza dos bens, mas sim ao seu estado. As qualidades de afetação ou desafetação estão ligadas à realidade fática, ou seja, não importa somente a destinação na qual a Administração Pública atribui ao bem. Ao fim ao cabo, é necessário saber se, na prática, o bem público possui ou não uma destinação a uma finalidade pública. Sobre o tema, leciona Carvalho Filho⁹:

Por fim, deve destacar-se que a afetação e a desafetação constituem fatos administrativos, ou seja, acontecimentos ocorridos na atividade administrativa independentemente da forma com que se apresentem. Embora alguns autores entendam a necessidade de haver ato administrativo para consumir-se a afetação ou a desafetação, não é essa realmente a melhor doutrina em nosso entender. O fato administrativo tanto pode ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza.³⁵ Significa que, até mesmo tacitamente, é possível que determinada conduta administrativa produza a afetação ou a desafetação, bastando, para tanto, verificar-se no caso o real intento da Administração.

Em decorrência desta ideia, aliás, é que a afetação e desafetação são fatos dinâmicos, os quais variam de acordo com a mudança de finalidade do bem. Caso o bem esteja servindo a um fim público e o deixe de servir, tão logo ocorre a desafetação; naturalmente, se um bem

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 1.192.

que antes não se prestava à qualquer serviço público e passa a prestar, ocorre o fenômeno da afetação deste bem.

Em que pese ser esta definição de bens públicos a mais usual e conhecida, existe, em decorrência deste, outra classificação um pouco mais sofisticada e que melhor contextualiza a discussão aqui proposta.

1.2 Bens do domínio privado do Estado e bens do domínio públicos do Estado

Feita necessária diferenciação entre bens públicos de uso comum, de uso especial e dominical, é imprescindível mencionar outra classificação atinente aos bens públicos que é ainda mais importante para a presente discussão. Trata-se da discriminação entre os bens formalmente públicos e os bens materialmente públicos, ou, também chamados por parte da doutrina, principalmente administrativista, de bens do domínio privado do Estado e bens do domínio públicos do Estado.

Esta diferenciação, apesar de não constar expressamente no Código Civil de 2002, é amplamente construída pela doutrina brasileira, tendo como principal autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, além disso, outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, por exemplo, adotam esta como a principal classificação entre os bens de domínio do Estado. A professora, Di Pietro, inclusive, constrói uma crítica acerca da pouca abordagem desta classificação no direito pátrio¹⁰:

Quando se estuda esse tema, no direito estrangeiro, verifica-se que os autores tratam, em geral, em capítulos à parte, dos bens de domínio público e dos bens de domínio privado, precisamente pela diversidade de regimes jurídicos que o caracteriza.

No direito brasileiro, nem sempre se nota a mesma preocupação. Principalmente quando se trata da transferência de bens públicos aos particulares, cuida-se dos vários institutos como se fossem os mesmos para as várias modalidades, quando, na realidade, existem sensíveis diferenças, principalmente no direito positivo federal.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 815.

Di Pietro, em verdade, alerta para a importância desta classificação, visto que suas espécies são regidas por regimes jurídicos diferentes e que, por consequência, possuem desdobramentos muito distintos.

No que se relaciona especificamente com o conteúdo e critérios da classificação proposta, é bastante simples e tem-se que o ponto de diferenciação dos bens públicos se baseia no regime jurídico aos quais estes bens estão submetidos devido à sua destinação ou afetação à uma finalidade pública.

Primeiramente quanto aos bens do domínio público do Estado, Cretella Júnior os define como sendo todo o conjunto dos bens móveis e também imóveis de titularidade da Administração Pública que são afetados “*quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.*”¹¹

Com efeito, traçando um paralelo entre a classificação proposta pelo artigo 99 do Código Civil, os bens de domínio público do Estado abrangem tanto os bens de uso comum do povo como os bens de uso especial, visto que ambos são, necessariamente, afetados à uma finalidade pública, e, desta maneira, submetidos a regime jurídico de direito público.

Segundo leciona Di Pietro¹², esta espécie de bens comporta quatro elementos principais, são eles: (i) são um conjunto de bens móveis ou imóveis; (ii) possuem a ideia de pertinência ou pertencimento ao Estado (ou Administração); (iii) são afetados ao uso coletivo ou ao uso da Administração; e, principalmente (iv) estão submetidos ao regime de direito público.

O fato de serem regidos por um regime jurídico de direito público é o principal elemento destes bens e lhes acarreta importantes consequências. Diferentemente do que sustentavam as doutrinas mais antigas que consideravam que o Estado não exercia o direito de propriedade de em relação aos bens afetados, o que se entende hodiernamente é que o Estado

¹¹ 1984, p. 21, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 815.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 816.

exerce uma propriedade pública, que, por sua vez, não é totalmente diferente da propriedade privada, mas a existência de afetação lhe confere particularidades sensíveis¹³.

Estas peculiaridades decorrentes do regime jurídico de direito público geram restrições sobre os direitos de usar, gozar e, principalmente, dispor sobre estes bens. Acerca disto, resume Di Pietro¹⁴:

(...) em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer que, enquanto mantiverem esta afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como a compra e venda, doação, permuta, hipoteca, penhor, comodato, locação, posse *ad usucapionem* etc.

A própria afetação já justifica esta limitação aos direitos inerentes à propriedade, todavia, o próprio Código Civil também dispõe de igual maneira. O artigo 100, por exemplo, dispõe que *“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.”* Destaca-se que inalienabilidade destes bens não são absolutas, de modo que se mantém apenas enquanto se mantiver a afetação.

A impossibilidade de alienar estes bens traz por consequência a impossibilidade de oneração dos mesmos. Isso porque o artigo 1.420 do Código é categórico ao impor que *“só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.”*

Já o artigo 102 do Código Civil, ponto central da presente pesquisa, determina que os bens públicos não podem ser objeto de aquisição por meio da usucapião. Quanto a esta restrição em específico, a Lei não traz diferenças para bens afetados ou não a um serviço público.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 818.

¹⁴ *Ibidem*. p. 819.

Em suma, as restrições que o regime jurídico de direito público confere aos bens são a inalienabilidade, e, em decorrência desta, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

Em contraponto aos bens públicos do domínio do Estado estão os bens privados do domínio do Estado. Estes, ao seu turno, constituem-se nos bens pertencentes ao estado que não possuem uma destinação ao menos direta a uma atividade de interesse público ou algum interesse geral. Por este motivo, inclusive, muitos autores afirmam que estes são bens formalmente públicos.

Em verdade, estes bens correspondem aos bens dominicais, já definidos no antigo Código Civil de 1916, em seu artigo 65, inciso III como o bens que “*constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.*”. O advento no novo Código de 2002, por sua vez, manteve o núcleo central do antigo código incluindo que os titulares destes bens são todos as pessoas jurídicas de direito público.

Em que pesas estas especificações dadas pela legislação, Cretella Júnior¹⁵ define que o significado do vocábulo dominical é bem explicativo do seu próprio conceito, pois, segundo o autor, designa “*a parcela de bens que pertence ao Estado em sua qualidade de proprietário*”.

Desta maneira, se percebe que estes bens não se vinculam a um interesse geral, é uma riqueza do Estado, é constituidor do patrimônio estatal. Disso novamente se explica o emprego da expressão bens formalmente públicos.

Nesta linha segue Di Pietro ao definir as principais características dos bens públicos de domínio privado do Estado ou bens dominicais¹⁶:

¹⁵ 1984, p. 336, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 821.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 822.

1. comportam função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público
2. submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado.

Além disso, assim como os bens de domínio público do Estado, os bens dominicais, por sua natureza pública, estão submetidos à regimentos, prerrogativas e restrições mesmo possuindo uma estrutura de direito privado. Destarte, pode-se dizer que estes bens estão submetidos à um regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público¹⁷.

Em relação aos bens do Estado afetos à prestação de um serviço público (de domínio público do Estado) a legislação estabelece de maneira clara sua submissão a regime jurídico de direito público. No tocante aos bens dominicais é omissa a legislação, no entanto, o que se entende e se aplica é que estes bens estão submetidos à regime jurídico de direito privado, como complementa Pontes de Miranda¹⁸.

(...) na falta de regras jurídicas sobre bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos *strictu sensu* (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público.

Sendo assim, mesmo os bens públicos dominicais são regidos, em geral, pelo mesmo regimento dos bens particulares. Os regimes destes bens possuem sensível analogia e semelhanças com o regime de propriedade privada¹⁹. Contudo, algumas imposições advindas do regime de direito público as afetam com importantes restrições, as quais limitam em determinados aspectos as suas possibilidades.

A inteligência do artigo 101 do Código Civil, apesar de reconhecer a alienabilidade dos bens dominicais logo em seguida completa dispondo que a alienação deve ocorrer na forma

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ 1954, p. 136, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 822.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV. p. 372.

da lei. Isto é, estes bens públicos se diferenciam dos demais devido a possibilidade de sua alienação. No entanto, a alienação não se sujeita somente a conveniência e oportunidade, deve ser observados os requisitos dispostos no artigo 17 da Lei nº 8.666 de 21/06/1993, quais sejam: *(i)* interesse público; *(ii)* prévia avaliação; *(iii)* licitação e, para os imóveis também *(iv)* autorização legislativa.

Além a alienabilidade condicionada, o regime jurídico de direito público se faz presente no trato com os bens dominicais em relação ao ponto fundamental e central do debate proposto na presente pesquisa: a imprescritibilidade dos bens do domínio privado do Estado, da qual decorre a vedação à usucapião destes bens públicos, mesmo que não sejam afetados à consecução de uma atividade pública.

Da mesma maneira que os bens público do domínio público do Estado não são passíveis de usucapião, os bens dominicais da mesma maneira estão imunes á incidência deste instituto de direito real. Os artigos 191, parágrafo único e 183, § 3º da CRFB/88 bem como o artigo 102 do Código Civil não fazem qualquer diferenciação entre os bens, vedando a usucapião, de maneira categórica, em relação a todos eles.

Disso surge-se o questionamento sobre quais seriam os fundamentos da referida vedação quanto aos bens dominicais? Sob qual fundamento Constituição da República os impôs a imprescritibilidade, derogando parcialmente o regime jurídico de direito privado destes bens.

1.3 A origem da imprescritibilidade dos bens públicos

Os bens públicos, tanto os bens públicos de domínio público como os de domínio privado, são dotados de características peculiares devido às suas destinações públicas. Sendo estas, como já mencionado, a inalienabilidade (ressalvada a exceção do art. 101, CC), a impenhorabilidade e a imprescritibilidade.

É por causa justamente da característica da imprescritibilidade que fez com que, desde o advento do Código de 1916, os bens públicos não fossem passíveis de apropriação por meio da usucapião, uma vez que este instituto consiste em uma prescrição aquisitiva, conforme defendia Clovis Beviláqua²⁰.

Fato é que hodiernamente o Código Civil (art. 102) bem como a Constituição Federal, tanto no capítulo da política urbana (art. 182, §3º) quanto no capítulo da política agrícola e fundiária e da reforma agrária (art. 191, parágrafo único) foram categóricos ao determinar que os bens públicos não são passíveis de aquisição por meio da usucapião.

Pois é justamente esta vedação que deu origem ao tema deste trabalho e que será mais bem trabalhado adiante. Porém, o posicionamento majoritário da doutrina bem como da jurisprudência segue o que dispõe o Código Civil, sustentados ainda pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, disposto na Súmula nº 340, cujo conteúdo cumpre transcrever: *“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”*

Apesar deste panorama descrito de grande e clara sustentação favorável a imprescritibilidade dos bens públicos e a inaplicabilidade da usucapião, a história constitucional e legislativa do Brasil revela que o tema nem sempre foi pacífico. Aliás, muito pelo contrário, tanto doutrina como jurisprudências pátrias já divergiram bastante acerca deste tema.

Até o advento do Código Civil de 1916 não havia qualquer disposição no nosso ordenamento jurídico que proibisse a aquisição de um bem do Estado por um particular pelo instituto da usucapião. Este foi o diploma que, pela vez primeira determinou a imprescritibilidade dos bens públicos. Entretanto, antes desta alteração era perfeitamente aceitável a apropriação de um bem público por meio da usucapião. Na realidade, até hoje, se restar comprovado que um particular conseguiu cumprir os requisitos da usucapião antes da

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. 23ª. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV. p. 373.

vigência do Código de 1916 poderá este requerer perante o judiciário o reconhecimento de sua propriedade.

Entretanto, mesmo com a expressa vedação trazida pelo *Códex* de 1916, existiram opiniões divergentes no meio jurídico. Já nos idos da década de 1930 os Tribunais brasileiros já variavam na análise deste tema. Se por um lado Beviláqua exercia forte influencia a favor da imprescritibilidade, a doutrina exegética de Specer Vampré influenciava muitos Tribunais e juristas a aceitarem a usucapião de bens públicos sob o argumento de que a própria alienabilidade dos bens dominicais justificaria a ocorrência da prescrição aquisitiva.²¹

Justamente devido ao temor e às possíveis consequências da incerteza e insegurança jurídica que pairavam sobre o tema, já nas primeiras décadas do século passado, foi promulgado, na data de 31/05/1933, o Decreto nº 22.785 o qual proibiu em seu artigo 2º, com todas as letras, a possibilidade de se consumir a usucapião em bens públicos. A redação do Decreto assim dispunha: “*Art. 2º Os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos a usocapitão.*”

Fica evidente, desde esta época, o posicionamento do Estado brasileiro, no sentido de um protecionismo aos bens a ele pertencentes. Alguns anos após, mais especificamente em 17/09/1938 com o Decreto-lei nº 710 e em 05/09/1946 com o Decreto-lei 9.760, novamente se reiterou o posicionamento proibicionista no tocante à aquisição de bens públicos por meio da usucapião.²²

Todavia, uma importante exceção à esta regra sempre esteve presente nas constituições pátrias de 1934, 1937 e 1946. A usucapião *pro labore* esteve contemplada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Era Vargas até ser extinta na Ditadura Militar, com a promulgação da Constituição do ano de 1967.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. 23ª. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV. p. 373.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 823.

A usucapião *pro labore*, consistia à época na única hipótese aceita de usucapião em relação aos bens públicos. Em suma, o seu objetivo era garantir àqueles que cultivassem a terra, mesmo as públicas, com sua força de trabalho e de sua família, o título de propriedade do imóvel público com o decorrer de um determinado período de tempo.

O artigo 148 da Constituição de 1934, o qual previa a usucapião *pro labore*, tinha redação similar à do artigo 191 da Constituição vigente, que assim decretava:

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 com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

Entretanto, era da redação do parágrafo primeiro do artigo 12 do Decreto-lei 710 de 17/19/1938 que se extraía o fato de que a usucapião *pro labore* também era aplicável aos bens públicos, pois assim dispunha: “*Ressalvado o disposto no art. 148 da Constituição, não corre usucapião contra os bens públicos de qualquer natureza.*”

Além disso, outra hipótese de usucapião de um bem público também já foi aceite pela Lei pátria. A Lei nº 6.969 de 10/12/1981 permitia que fosse consumada a usucapião em terras públicas devolutas (uma espécie de bem dominical) desde que houvesse a posse ininterrupta por 5 (cinco) anos a área rural de até 25 (vinte e cinco) hectares quando o particular a tornasse produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada. Nota-se que sua definição se aproxima bastante da definição da usucapião *pro labore*, todavia, esta lei foi revogada no que se refere ao aspecto material da usucapião rural, contudo, ela continua em vigor no que se refere apenas ao procedimento utilizado para se obter o imóvel por usucapião. Por isso, não se admite mais que esta espécie de usucapião se concretize.

Fato é que a Constituição Cidadã de 1988 revogou qualquer hipótese de usucapião de bens públicos. Tal proibição, segundo Di Pietro²³, “*constitui um grande retrocesso por retirar*

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 823. p. 823

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”

É fundamental, no entanto, entender quais são os motivos da vigente vedação à usucapião dos bens públicos. Qual seria o princípio constitucional que origina e orienta esta posição? Qual seria razão prática ou jurídica que sustenta a imprescritibilidade destes bens e, conseqüentemente, da impossibilidade destes serem usucapidos?

A partir disto é que se iniciará a análise dos supostos fundamentos da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais. Buscar-se-á entender, a partir de então, se esta vedação possui supedâneo nos princípios constitucionais ou se esta opção do poder constituinte de manter o posicionamento das Constituições anteriores não contradiz o próprio espírito da Constituição Cidadã.

1.4 Os fundamentos da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais

O pano de fundo desta vedação constante na CRFB/88 possui como principal fator a questão histórica, desde a Constituição de 1916 esta vedação está no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese pequenas exceções tenham existido em algumas das constituições brasileiras do século XX, se tratavam de situações bem específicas e, de fato excepcionais. Desta forma, o quadro geral do ordenamento jurídico foi desde o início do século passado bem rígido e claro quanto à esta posição. Naturalmente, por se tratar de uma questão então muito bem estabelecida e sedimentada em nossa doutrina e jurisprudência, optou a constituinte de 1987 por mantê-la.

Entretanto, esta pesquisa não pretende se debruçar profundamente sobre aspectos históricos, mas sim investigar as motivações propriamente jurídicas que tocam o tema. Neste aspecto, observa-se que os doutrinadores que não se opõem ou questionam a imprescritibilidade de bens públicos dominicais pouco se alongam sobre o tema, justamente por tratar-se de instituto já há anos está estabelecido em nosso ordenamento. São, portanto, os doutrinadores que divergem da opção constitucional que trabalham mais profundamente o

tema. Mesmo assim, é possível identificar alguns argumentos utilizados para sustentar a referida vedação.

Em primeiro lugar, se pode observar na doutrina de Hely Lopes Meirelles o argumento de que a imprescritibilidade dos bens públicos, incluindo-se os bens dominicais, decorreria do fato de que estes bens seriam originariamente inalienáveis. Conforme se nota do trecho a seguir transcrito:²⁴

1.7.1 *Imprescritibilidade* - A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito.

A despeito disso, por longo tempo lavrou fundo a divergência jurisprudencial, até que os Decs. federais 19.924, 22.785 e 710, respectivamente de 27.4.31, 31.5.33 e 17.9.38, cortaram a dúvida, reiterando a imprescritibilidade dos bens públicos, "seja qual for a sua natureza" (art. 2º do Dec. 22. 785). Hoje é remansosa a jurisprudência nesse sentido, quer do STF (Súmula 340), quer das Cortes Estaduais.

Além disso, é possível também observar que, por trás da imprescritibilidade, repousa, naturalmente, a ideia de se dar uma maior proteção aos bens públicos, visto que estes se destinam a um bem comum, à prestação de um serviço público. Desta forma, a imprescritibilidade seria um meio de evitar que um bem público seja apropriado por um particular. Ou seja, pelo menos em teoria, busca valorizar os interesses comuns em detrimento dos interesses individuais ou privados.

Percebe-se, nesse sentido, que o princípio constitucional basilar deste posicionamento é a supremacia do interesse público sobre o privado, ou, somente, princípio do interesse público. Apesar de não haver menção expressa na Constituição de 1988, diversos dispositivos constitucionais invocam de maneira concreta a supremacia do interesse público. Este primado é o norte de toda a atuação estatal, na medida em que existência do Estado justifica-se na persecução do bem comum e na melhora das condições de vida da coletividade. É um

²⁴ BURLE FILHO. José Emmanuel; MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 660.

princípio de caráter geral do qual se irradiam outros, como por exemplo, o da indisponibilidade do interesse público e o próprio princípio da função social da propriedade.²⁵

É inquestionável que o princípio da supremacia é o principal fundamento da vedação, mesmo porque se a Constituição concedeu uma série de atributos aos bens públicos, como a imprescritibilidade, o que se pretendeu foi justamente que o regime jurídico de direito público fosse privilegiado e mais protegido em detrimento do privado. É correto e, de certa forma, louvável que os bens públicos tenham um tratamento diferenciado, visto que se prestam a um interesse geral e coletivo. Porém, como será mais bem debatido adiante, por vezes, a falta de flexibilização deste princípio acaba por subvertê-lo.

Uma outra tese defendida principalmente por José Carvalho dos Santos Filho é ainda mais reveladora do fato de que a vedação à usucapião de bens públicos é decorrência direta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Este autor sustenta que os bens públicos possuiriam uma função social presumida, ou seja, os bens públicos, mesmo os dominicais, atenderiam ao interesse público simplesmente por sua natureza intrínseca, independente de uma afetação direta. In verbis²⁶:

É verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente estes estariam cumprindo função social.⁴⁸ Dissentimos, concessa venia, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatado em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados.

Além disso, outras interpretações e argumentos foram elaborados, principalmente nos tribunais, para justificar a vedação à usucapião de bens públicos dominicais e endossar este posicionamento.

²⁵ ALEIXO, D.B.; FILHO, J.E.B.; MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª. ed. São Paulo: Malheiros Editore LTDA, 2015. p. 110.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 1.196.

Observem-se os julgados que seguem:

ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. TERMO FINAL. AQUISIÇÃO. DECRETO-LEI 228/1967, ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO. NATUREZA. PERDIMENTO OU DOAÇÃO COMPULSÓRIA. INCORPORAÇÃO DO IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. DISSOLUÇÃO E EXTINÇÃO DE ÓRGÃO ESTUDANTIL ESTADUAL. REGISTRO. CASO INAUGURAL (LEADING CASE). 1. O art. 20, parágrafo único, do Decreto-Lei 228/1967 determinou a incorporação do patrimônio anteriormente de propriedade dos órgãos estudantis estaduais à universidade federal. Tal ato legal configurou imediata aquisição do bem pela União, independentemente de demais requisitos formais ou inerentes ao direito privado, inclusive registro da transferência e dissolução da entidade. **2. A aquisição pela União do bem por força de lei faz cessar qualquer direito de particular a usucapião, sendo a edição da lei o termo final da prescrição aquisitiva. A partir desse momento, a ocupação do particular se dá a título de mera detenção.** 3. Iniciada a ocupação em 1956 e tendo havido a publicação do Decreto-Lei em 28/2/1967, não se transcorreu o prazo vintenário exigido pelo Código Civil/1916 (art. 550) para reconhecimento da usucapião. 4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (STJ - Acórdão Aresp 1292965 / Go, Relator(a): Min. Og Fernandes, data de julgamento: 21/08/2018, data de publicação: 27/08/2018, 2ª Turma)

No que concerne à discussão em torno da posse do imóvel propriamente dito, cabe lembrar que, entre as características que envolvem os bens submetidos ao regime jurídico de direito público, podem-se referir sua inalienabilidade e sua imprescritibilidade, regras preservadas nos arts. 100 a 102 do Código Civil e na Súmula STF 340. "Súmula 340. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião." 16. Dessa forma, inexistência de lei federal autorizativa impede que sobre o imóvel se pratiquem atos de posse. Além disso, os atos de mera permissão ou tolerância, como esclarece Tito Fulgêncio, "em si seriam suscetíveis de constituir uma apreensão de posse, mas não engendram nenhum direito de posse, não produzem seus naturais efeitos, porque não se fundam em obrigação preexistente, (...)" . Nesses termos, o artigo 1.208 do Código Civil estabelece que: "Art. 1208.- Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade. [ACO 685, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 11-12-2014, DJE 29 de 12-2-2015.]

Consoante apontado na aludida decisão, a questão dos autos cinge-se em aferir se o bem imóvel situado na Praia do Forte - SC, e vindicado pela parte ora agravante, estaria sujeito à aquisição por usucapião, restando incontroverso a posse mansa e pacífica por mais de vinte anos pela família desse, além de terceiros. A ação foi julgada improcedente na origem, e confirmada em sede de apelação, uma vez que há prova nos autos que dão conta ser a UNIÃO a legítima dona do terreno, este contido em uma área maior conforme assentado nos autos por meio de prova pericial, e, nos termos da atual Constituição, são insuscetíveis de prescrição aquisitiva, ou até mesmo antes dela, dado o entendimento sufragado por esta Suprema Corte na Súmula 340/STF: "Desde a vigência do Código Civil (1916 - Beviláqua), os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião". [AI 852.804 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 4-12-2012, DJE 22 de 1-2-2013.]

Como se vê, algumas teses sustentadas nos julgados se fundamentam na ideia de que os particulares não exerceriam a posse em relação aos bens de domínio do Estado. Devido à sua natureza pública, o contato físico e controle de um particular sobre um bem do Estado jamais poderia configurar posse, existindo mera detenção. Este ponto em específico, não será objeto de análise do presente estudo, pois não se constitui em um fundamento para a existência da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais, mas sim uma consequência. Destarte, esta pesquisa busca investigar os fundamentos e não as consequências.

Naturalmente, a vedação não é por acaso, existem fundamentos e razões que levaram o legislador a conceder esta proteção. São justamente estes fundamentos que passaremos a abordar a seguir, com especial atenção para o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a função social da propriedade.

Conforme foi exposto, portanto, são quatro os principais argumentos identificados na doutrina e jurisprudência como os que sustentam a tese da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais, sendo eles: *i*) a ideia de que a imprescritibilidade seria consequência direta da inalienabilidade originária dos bens públicos; *ii*) o princípio da função social presumida dos bens públicos; e *iii*) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Estes argumentos que serão o objeto de debate dos próximos capítulos a fim de investigar se estes são capazes de justificar juridicamente a imprescritibilidade bem como saber se estão em consonância com os ditames constitucionais.

1.5 A imprescritibilidade como decorrência da inalienabilidade originária dos bens públicos

No que toca ao primeiro argumento identificado, qual seja, a ideia de que a imprescritibilidade seria consequência direta da inalienabilidade originária dos bens públicos, não há necessidade de que se abra um novo capítulo para uma grande exposição sobre o tema,

visto que se trata de discussão relativamente simples. É, portanto, perfeitamente possível esclarecer esta questão neste subcapítulo.

Esta ideia sintetizada por Hely Lopes Meireles²⁷, como já mencionado, entende que o fato de um bem público não ser passível de alienação justificaria a impossibilidade de um particular usucapi-lo. Isto é, se o Estado não pode alienar este bem por este se prestar a concretização de um interesse público, o particular, por óbvio, também não poderá adquiri-lo. Esta lógica é relevante e faz total sentido, pois, caso contrário, se estaria admitindo que o interesse de um particular se sobrepusesse a um interesse público.

Esta noção é perfeitamente cabível e sustentável no que toca aos bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial, visto que estes são de fato inalienáveis. Mas, por outro lado, não parece se sustentar no tocante aos bens públicos dominicais, porque esta espécie de bens são sim alienáveis.

O Código Civil de 2002 decretou de maneira inquestionável que os bens públicos dominicais poderiam sim ser objeto de alienação pela Administração Pública. Como se observa: “*Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.*”

Logo, a inalienabilidade dos bens justifica a imprescritibilidade dos bens públicos materialmente públicos, mas não explica nem fundamenta o por quê da imprescritibilidade ser estendida também aos bens dominicais, visto que estes são passíveis de alienação.

O que se nota, portanto, é que o autor buscou criar uma justificativa geral para a imprescritibilidade dos bens públicos, porém, sem se atentar e considerar as notórias diferenças que há entre os bens dominicais e os demais.

²⁷ BURLE FILHO. José Emmanuel; MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 660.

CAPÍTULO II - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A partir deste e dos próximos capítulos serão analisados os outros dois argumentos identificados como supostas justificativas da impossibilidade de aquisição por usucapião dos bens públicos dominicais, quais sejam: a ideia de função social presumida dos bens públicos; e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Estes dois argumentos serão analisados de maneira conjunta, visto que, por muitas vezes, se correlacionam, conforme se verá. Todavia, por estarem estas ideias muito ligadas à concepção de princípios constitucionais, é importante que seja feita uma breve explanação as definições dos conceitos de função social e princípio da supremacia.

2.1 A concepção hodierna dos princípios

À primeira vista, é natural que se imagine que a presente pesquisa se debruce exaustivamente sobre o sobre o ramo do direito civil. Em que pese ser esta área certamente a mais influente e influenciada por este trabalho, trata-se de um projeto essencialmente multidisciplinar.

O instituto a ser aqui aprofundado, a usucapião, é conceito absolutamente pertencente ao ramo privado do direito. Difícil pensar em outro conceito que caracterize de maneira tão clara o direito privado como a propriedade privada. Ocorre que o foco desta pesquisa, qual seja a usucapião, apesar de ser um modo de aquisição da propriedade privada, tem em sua essência a própria relativização e superação do conceito liberal clássico da propriedade privada como de caráter absoluto.

É, portanto, sob este prisma que se permite traçar uma análise sobre este instituto privado tendo como foco o direito público, mais precisamente o direito constitucional e a

principiologia que permeia nosso ordenamento jurídico. A disseminação e o desenvolvimento de novas concepções constitucionais percebidas no último século aproximaram os, até então estanques, ramos do direito privado ao público conferindo especial preponderância do segundo.

A ideia dominante do início do século XX de que o Código Civil seria a constituição do direito privado resta superada, como observa Luís Roberto Barroso²⁸:

De fato, a divisão era clara: de um lado, o *direito privado*, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, e a questão central, a autonomia da vontade, de outro, o direito público, em que os atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central, o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais. Ao longo do século, todavia, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado. No curso desse movimento, opera-se a despatrimonialização do direito civil, ao qual se incorporam fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade.

É a partir desta nova composição do dualismo entre o público e o privado e o consequente esvaziamento destas concepções que se permite o diálogo presente nesta pesquisa entre os princípios constitucionais e instituições civis.

2.2 O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento da imprescritibilidade dos bens públicos

A partir do novo conceito e aplicação dos princípios no direito brasileiro atual é que início o aprofundamento da análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado a fim de demonstrar de que maneira é este princípio posto o real fundamento da vedação à a usucapião de bens públicos dominicais.

Este princípio consiste no primado de toda a atuação administrativa, pois preconiza que os atos do Estado devam sempre estar voltados aos benefícios de toda a população em geral e

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83 e 84.

ser independente das vontades e anseios de um particular. O indivíduo não seria, desta maneira, o destinatário da atividade administrativa, mas sim o corpo social como um todo²⁹.

Em verdade, este é um conceito o qual não possui uma definição exata, consiste em um conceito jurídico indeterminado, mas que dele se originam diversos outros princípios administrativos, mas sua existência e aplicabilidade no mundo jurídico são inquestionáveis.

Mesmo assim existem doutrinadores que questionam a relevância deste princípio, sob o argumento de que haveria a primazia dos direitos individuais e fundamentais. Porém, sobre isto, rebate José dos Santos Carvalho Filho³⁰:

Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático (...)

Não parece ser tarefa árdua compreender o conceito deste primado. O próprio nome deste princípio já se mostra autoexplicativo, no entanto, para conhecê-lo com completeza se faz fundamental compreender não somente seu significado, mas principalmente os seus efeitos.

O conceito abstrato e quase indefinível do princípio da supremacia não é especificamente o que nos interessa, sendo os seus efeitos o seu aspecto mais relevante. Desta maneira, como muito bem define também a ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro a supremacia do interesse público sobre o privado tem um caráter dúplice. Este inspira o legislador, na elaboração dos diplomas legais, a se orientar pelo bem comum. Por outro lado, também vincula a autoridade administrativa a se guiar pelo interesse público em toda sua atuação³¹.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28^a. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 34.

³⁰ *Idem*.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 26^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65.

Nesta linha, resta evidente que não apenas a aplicação prática das leis deve respeitar este ideal, mas também a sua própria criação, sob pena de incorrer o legislador em desvio de finalidade.

A partir disto, portanto, nota-se que um dos fundamentos que justificariam vedação a usucapião de bens públicos dominicais é exatamente o princípio da supremacia. Veja bem, imprescritibilidade dos bens públicos busca, supostamente, proteger um interesse coletivo em detrimento do privado, conferindo preponderância ao interesse da coletividade.

A ideia é a seguinte, há por um lado o interesse privado de usucapir e adquirir a propriedade de um bem público dominical e por outro o interesse público de que a propriedade do Estado seja protegida. Logo, a vedação seria necessária para a proteção deste interesse coletivo. Ocorre que quando se trata especificamente sobre os bens públicos dominicais este raciocínio nem sempre é verdadeiro e não se justifica como será desmistificado adiante.

Para alguns autores como José dos Santos Carvalho Filho, os bens públicos, mesmo os dominicais, ou seja, que não estão destinados à prestação de qualquer serviço público, não poderiam ser passíveis de usucapião visto que os bens públicos teriam uma função social presumida. Sob esta ótica, o bem, simplesmente por sua natureza pública, já cumpriria sua função social independente de sua destinação e utilidade. Esta ideia também será posta em cheque adiante, traçando-se um paralelo principalmente com as noções de interesse público primário e secundário, proposta por Luiz Roberto Barroso³² e a diferença entre interesse público e interesse do Estado, defendida por Marçal Justen Filho³³.

Todavia, fato é que a proibição tema deste estudo de fato surge deste raciocínio de dar prevalência ao interesse público frente ao interesse privado, porém, como se verá, nem

³² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed . rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 155.

sempre a imprescritibilidade dos bens públicos dominicais estará de acordo com o interesse público e o bem estar social.

2.3 A função social da propriedade como corolário da supremacia do interesse público

Conforme se sabe, o princípio da supremacia, principal fundamento da vedação à usucapião de bens públicos dominicais, não possui expressa menção na Constituição Federal de 1998. Em que pese ser um princípio implícito que norteia a atuação estatal, dele irradiam diversas normas e princípios, como, por exemplo, os princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e finalidade.

Além disso, outro princípio central da presente discussão, porém, também se origina da ideia da supremacia do interesse público sobre o privado, que é o princípio da função social da propriedade. Este, por sua vez, é o principal fundamento de existência da usucapião em geral. Ou seja, o princípio da supremacia, principal fundamento da vedação, o que dá origem ao principal fundamento da usucapião, que é o princípio da função social da propriedade.

A função social da propriedade, como já mencionado neste trabalho, está consagrado em nossa Carta Magna notadamente como um direito fundamental estatuído no seu artigo 5º, inciso XXIII. Destaca-se ainda que o artigo 170, inciso III também reconhece a função social da propriedade como um princípio da ordem econômica. Conforme se observa:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(..)

III - função social da propriedade;

A noção de função social da propriedade surgiu no momento em que se começou a compreender que a liberdade individual e igualdade formal não poderiam prosperar diante de tamanha desigualdade presente na sociedade. Principalmente no início do século XX, a ideia de que a propriedade privada plena, ao gerar acúmulo de riquezas por um indivíduo, traria

benefícios a toda a sociedade se desfez em consequência das mazelas produzidas na sociedade ao longo do século passado³⁴.

Esta noção, portanto, começou a surgir nas Constituições a partir da metade do século XX. Entretanto, num primeiro momento foi interpretada de maneira restritiva no sentido de que a propriedade privada devesse limitada tão somente se causasse um dano imediato a um terceiro. Entretanto, logo se entendeu que o Estado não deveria simplesmente reprimir a prática que fosse contrária ao interesse coletivo, mas também deveria incentivar o uso da propriedade de modo que promovesse o bem comum³⁵.

Os autores Rosenvald e Chaves muito bem definem a noção hodierna de função social:

Portanto, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual se este for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam. Caso contrário, o ato de autonomia privada será censurado em sua legitimidade. Todo poder na ordem privada é concedido pelo sistema com a condição de que sejam satisfeitos determinados deveres perante o corpo social.

Desta maneira, são os artigos 182, §2 e 186 da CRFB/88 que disciplinam os critérios objetivos para definir a função social da propriedade, destacando que a propriedade urbana estará exercendo sua função social desde que atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, enquanto a propriedade rural atenderá à sua função social desde que atenda, respectivamente, *i*) aproveitamento racional e adequado; *ii*) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; *iii*) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e *iv*) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No tocante à propriedade urbana, é a Lei nº 10.257/2001 que é a responsável por estabelecer as diretrizes da política urbana. No entanto, é o plano diretor o meio pelo qual o

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13ª. ed.** São Paulo: Atlas, 2017. v. V. p. 306.

³⁵ *Ibidem.* p. 308.

Município pode intervir nas cidades para garantir a função social da propriedade e o seu desenvolvimento. O plano diretor tem a função de, dentro das diretrizes impostas pela Lei nº 10.257/2001, determinar critérios para cumprimento da função social da propriedade, mediante ordenamento territorial de uso e ocupação do solo.

Como bem sintetizam Rosenvald e Chaves³⁶:

(...) a diretriz a ser seguida pelo plano diretor é impedir a retenção especulativa e inadequada utilização do imóvel que acabem por interferir nos projetos de desenvolvimento urbano. A propriedade urbana que não atende a sua função social é aquela que frustra três requisitos alternativos: (a) não estar edificada; (b) estar subutilizada; (c) não estar sendo utilizada.

Já em relação às propriedades rurais, se por um lado a propriedade urbana se destina, em geral, a moradia, ou seja, um bem de consumo, a propriedade rural possui destinação com foco na produção de riquezas e criação de empregos, isto é, como um bem de produção.

O próprio texto constitucional já dispõe sobre as diretrizes e requisitos aplicáveis à noção de função social da propriedade rural. Sendo a propriedade rural um bem de produção, o cumprimento de sua função social deve levar em consideração as finalidades e consequências da atividade agrária, notadamente, dando maior relevo às questões de âmbito econômico, social e ecológico.

No entanto, estas delimitações e especificações trazidas pela Constituição da República ao cumprimento de função social das propriedades não esgotam a interpretação e o impacto deste princípio no ordenamento jurídico. O fato de a CRFB/88 ter, de certo modo, regulamentado a matéria não significa que estas são as únicas hipóteses nas quais o princípio possui eficácia. A função social da propriedade, mais que um princípio geral da atividade econômica, constitui uma garantia fundamental, possuindo, portanto, aplicabilidade imediata.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13ª. ed.** São Paulo: Atlas, 2017. v. V. p. 323.

Trata-se de um conceito muito mais amplo e complexo que gera efeitos em toda relação de propriedade. Neste sentido, entendem Nelson Rosenvald e Cristiado Chaves de Farias ao afirmarem que *“a função social é um princípio que opera um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha.”*³⁷

Em suma, o que se pretende demonstrar com esta explanação é que o princípio de função social da propriedade nada mais é do que um corolário ou um subprincípio decorrente de maneira direta da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, pois visa limitar a propriedade privada (interesse individual) em prol da garantia do bem comum (interesse público).

A ligação entre a função social da propriedade e a ideia de supremacia o interesse público resta evidente da lição de Maria Sylvia Di Pietro:³⁸

Mas além desse mínimo, a propriedade tem uma função social de modo que ou o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica. A emenda não chega ao ponto de negar a propriedade, mas, superpondo o bem comum ao bem individual, admite-se a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens

A partir desta análise, resta claro que a função social da propriedade é decorrência do ideal trazido pelo princípio da supremacia. Ora, a função social da propriedade objetiva evitar que a propriedade seja utilizada com o exclusivo fim de beneficiar o próprio proprietário, com especulações e utilidades perversas à comunidade. Por óbvio, a propriedade privada é um princípio da ordem econômica estatuído no artigo 170, inciso II da CRFB/88, no entanto a função social da propriedade é o mandamento que visa limitar o seu uso de modo que não esteja em acordo com o bem comum.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13ª. ed.** São Paulo: Atlas, 2017. v. V. p. 309.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 169.

2.4 A função social da propriedade como fundamento da usucapião

Desta feita, dúvidas não restam no sentido de que o princípio da função social da propriedade é um corolário, um desdobramento da ideia de supremacia do interesse público sobre o particular.

Ocorre que, além disso, a função social da propriedade é também a *ratio legis* da usucapião. Para que serviria a usucapião se não para limitar a propriedade privada em prol destiná-la uma adequada utilização pelo seu real possuidor?

É certo que o instituto da usucapião surgiu muito antes de qualquer noção principiológica que se tem atualmente. Sabe-se que a usucapião foi criada já no Império Romano e já constava instituída na Lei das Doze Tábuas, datada do ano de 455 a.C. Em sua origem, por óbvio, a usucapião não possuía qualquer noção de função social, tinha por finalidade convalidar aquisições formalmente nulas ou aquelas ineficazes por vício ou defeito de legitimação desde que presente a boa-fé do possuidor, isto pois as transmissões de propriedade na Roma antiga eram repletas de solenidades.³⁹

Com o passar dos séculos e o advento da teoria do direito contemporânea, é certo que muitos institutos de direito civil que são herança do direito romano, apesar de ainda subsistirem em nosso ordenamento, não mais se prestam às mesmas funções que já possuíram no passado. A usucapião, notadamente, não tem nos dias atuais a função sanar vícios de aquisições formalmente nulas de propriedades.

É este o ponto de o ponto de convergência entre a função social da propriedade e a prescrição aquisitiva. No ordenamento hodierno, a usucapião, indubitavelmente, possuiu como fundamento conferir à propriedade uma função social adequada. Veja-se, o instituto obviamente tem como objetivo central conceder título de propriedade àquele que, sendo

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13^a. ed.** São Paulo: Atlas, 2017. v. V. p. 392.

possuidor, confere algum tipo de utilidade à um bem subutilizado, ou seja, dar uma função social àquela propriedade.

Tanto é verdade esta relação que a Constituição Federal de 1998 bem como a Lei nº 10.257/2001, ao abordarem a questão da função social da propriedade urbana e rural criaram, respectivamente, duas espécies de usucapião que visam a primazia da sua função social, pois concedem condições especiais de usucapião para a concretização da moradia.

No tocante à propriedade urbana o próprio Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), lei responsável por complementar o artigo 182, §2 da CRFB/88 e estabelecer os parâmetros de função social da propriedade urbana, cria em seu texto a espécie da usucapião especial de imóvel urbano e a dispõe em seu artigo 9º. Vejamos:

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.

Já em relação à propriedade rural, é a própria Carta Magna que se digna de criar uma espécie de usucapião que visa privilegiar aquele que der à propriedade uma utilidade produtiva ou de moradia. O artigo 191 da CRFB/88 assim dispõe:

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.

Nestes casos, podemos observar de maneira muito clara que a usucapião concretiza a função social da propriedade dando a um bem subutilizado uma destinação socialmente adequada, nestes casos em específico, garantindo o direito a moradia ou tornando a propriedade produtiva.

É imprescindível concluir, portanto, que o instituto da prescrição aquisitiva, principalmente nas espécies supramencionadas, consiste sim em uma decorrência da função social da propriedade, uma vez que tem por finalidade principal garantir o título de propriedade ao seu real possuidor que, de uma forma ou de outra, a confere alguma utilidade.

Diante desta explanação, nos vemos diante de uma aparente contradição, pois como poderia o mesmo ideal, no caso o princípio da supremacia, ser ao mesmo tempo o fundamento da usucapião e da vedação à própria usucapião em relação aos bens públicos?

Veja bem, como demonstrado no capítulo anterior, a imprescritibilidade dos bens públicos, incluindo os dominicais, possui como pano de fundo a ideia de um protecionismo estes bens devido a sua natureza pública, isto é, garantir que um particular não possa se apropriar de um bem comum, que, pelo menos em tese, serve a toda a comunidade. Por trás desse raciocínio, evidentemente, está o princípio da supremacia do interesse público.

O curioso, entretanto, é que a ideia de função social da propriedade, que é o próprio *ratio legis* da usucapião, nada mais é do que um desdobramento do princípio da supremacia.

Por certo, o mesmo ideal, que é, ao fim ao cabo, a supremacia do interesse público, não pode ser o fundamento de ideias diametralmente opostas. É notório que existem algumas falácias em um destes dois raciocínios e é exatamente isto que será destrinchado doravante.

CAPÍTULO III - OS MITOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS

Feitas estas necessárias notas e explanações sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sobre a concepção de função social da propriedade e o modo com que estes princípios servem para fundamentar a usucapião em geral e a imprescritibilidade dos bens públicos, este capítulo vai buscar compreender se os fundamentos que foram identificados como justificativas da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais merecem prosperar.

3.1 O mito da função social presumida

A lógica de que a imprescritibilidade dos bens públicos visa a proteção do interesse público em detrimento do interesse privado se justifica em relação aos bens materialmente públicos, ou seja, os de uso comum do povo e os de uso especial, visto que não são bens afetados à uma atividade pública. Assim, estes bens estão naturalmente atendem ao interesse público e, concomitantemente, em consonância com o princípio da função social da propriedade.

Tanto os bens públicos de uso comum do povo como os de uso especial são, naturalmente, propriedades estatais que possuem como principal característica a consecução de um serviço público. Desta maneira, é indubitável que se prestam a ao exercício de funções importantes para a comunidade como um todo, servindo, portanto, ao interesse público. Nesta linha, por estas propriedades públicas cumprirem uma clara e indispensável função social, estas merecem uma proteção que evite que o interesse privado a elas se sobreponha. Sob esta lógica, a proteção destes bens com o atributo da imprescritibilidade se mostra perfeitamente adequado ao que determinam os princípios da supremacia do interesse público e da função social da propriedade.

A questão que se faz presente é no tocante à imprescritibilidade dos bens públicos dominicais, os quais são apenas formalmente públicos visto que não são afetados à prestação de nenhum serviço público. Logo, como a vedação à aquisição por usucapião de um bem que não se presta a qualquer atividade pública estaria em acordo com o interesse público? E pior, como estaria cumprindo sua função social?

A principal ideia que está por trás da imprescritibilidade dos bens públicos dominicais é a noção defendida por alguns autores de que todos os bens do Estado, inclusive os bens formalmente públicos, atenderiam à função social simplesmente por possuírem uma natureza pública.

O autor de mais relevo que defende esta ideia é o professor Jose dos Santos Carvalho Filho. Ele define que todos os bens públicos devem estar protegidos da aquisição por meio da usucapião, pois possuiriam uma função social presumida. Cumpre transcrever os argumentos do autor:⁴⁰

É verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente estes estariam cumprindo função social. Dissentimos, concessa venia, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatado em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados.

Primeiramente, a visão deste ilustríssimo autor se mostra deveras formalista e não condiz com a abordagem constitucional dos princípios e direitos fundamentais da nossa Constituição da República. De fato, nem a Carta Constitucional nem o Código Civil distinguem a função social exercida pelos bens públicos. Entretanto, *data máxima vênia*, se não há esta distinção, a interpretação mais correta não parece ser de que apenas os bens privados devem estar vigiados pela função social. A interpretação mais próxima dos ditames constitucionais parece ser que todo e qualquer bem deve estar subordinado e limitado pela função social.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo. 28ª. ed.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 1.196.

Em segundo lugar, se mostra ser um posicionamento inadequado entender que os bens públicos já presumidamente atenderiam à função social simplesmente por sua natureza pública. Este posicionamento, de certa forma, ignora a própria realidade e fatos sociais.

Entender que os bens públicos possuem uma função social presumida é assumir que a Constituição retirou destes bens a necessidade de comprovar e cumprir sua função social. Nesse sentido, ao se afirmar esta tese, automaticamente se está esvaziando a ideia de que função social da propriedade pública, que é a própria razão de existir dos bens públicos.

Ao contrário do que sustenta o mencionado autor, os bens públicos devem estar a todo o momento comprovando e ratificando sua função social ao invés de presumi-la, mesmo porque estes bens servem primordialmente para garantir o desenvolvimento e o bem estar social, bem como atender ao interesse público. Ou seja, não só os bens públicos estão atingidos pelo mandado de função social, como este mandado impacta com muito mais intensidade estes do que propriamente os bens privados.

Neste sentido se posiciona a autora Cristiana Fortini⁴¹:

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.

A autora destaca que, ao contrário do que preconiza noção de função social presumida, os bens públicos devem estar muito mais intensamente afetados por este princípio do que os próprios bens privados, até porque é justamente para isso que se dá a sua existência.

⁴¹ FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. **Revista de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, p. 113-122, abr./jun. 2004. p. 117.

Diante disso, conclui-se que não há falar em função social presumida, o simples fato de estes bens possuírem natureza jurídica pública não significa que, automaticamente estarão atendendo à função social. É imprescindível que, na prática, o Estado destine este bem à uma utilidade comum ou que, mesmo indiretamente, gere benefícios à sociedade. É exatamente isso que ocorre com os bens públicos dominicais os quais, por definição, são bens os quais a Administração Pública não destina à consecução nenhum serviço ou utilidade pública.

O que não se pode perder de vista é que a função social da propriedade é um direito fundamental garantido pela nossa Constituição a todos os cidadãos, sendo, portanto, indisponível e constituindo-se como cláusula pétrea. Esta garantia protege a sociedade do mau uso da propriedade privada bem como visa garantir o uso adequado dos bens públicos. Conseqüentemente, considerar que os bens públicos não estão sujeitos à função social ou que presumidamente a possuem é negar este direito constitucionalmente previsto.

Este posicionamento acaba sendo, em verdade, uma exceção ao direito fundamental da função social da propriedade.

Notadamente, portanto, os bens públicos dominicais, por não possuírem qualquer destinação à uma função pública, independente do fato de possuírem natureza jurídica pública, claramente não cumprem o mandamento constitucional de função social estatuído no artigo 5º, inciso XXIII, CRFB/88.

3.2 O mito da imprescritibilidade como consecução do interesse público

Para além da ideia de função social presumida, há outro importante argumento que está por traz da imprescritibilidade dos bens públicos. Trata-se da ideia que a imprescritibilidade dos bens públicos serve para garantir a supremacia do interesse público sobre o privado. Ocorre que, mais uma vez, este argumento faz sentido em relação aos bens materialmente públicos, mas não em relação aos formalmente públicos.

Este entendimento, no entanto, constitui-se em uma visão patrimonialista dos bens do Estado que entende ser a sua imprescritibilidade um modo de proteger seu patrimônio. Porém, esta ideia não está de acordo com o conceito mais adequado em relação ao conceito de interesse público.

Na verdade, a própria ideia de função social presumida também se relaciona, de certo modo, com esta visão patrimonialista, pois nasce de uma ideia de que os bens públicos, simplesmente por sua natureza pública, ou seja, por integrarem o patrimônio do Estado, devem ser protegidos da apropriação privada em qualquer hipótese, independentemente de servir à prestação de um serviço público ou cumprir a sua função social.

Especificamente no tocante à esta perspectiva patrimonialista dos bens do Estado, o que se pretende ao vedar a usucapião de bens públicos que não cumprem sua função social, notadamente os bens dominicais, é somente proteger o patrimônio do estado e não o interesse público propriamente.

Não é sempre que a proteção do patrimônio público será a garantia do interesse público. Pode haver hipóteses nas quais a própria aquisição da propriedade por um particular é mais consonante com o interesse público do que a proteção do patrimônio público.

Cite-se como exemplo (relativamente comum, por sinal, um bem dominical como um terreno público sem qualquer destinação dada pela Administração Pública, completamente abandonado e que foi ocupado por diversas famílias para estabelecer moradia. Neste caso hipotético, indago se não seria mais conveniente ao interesse público a concessão de título de propriedade às famílias, como meio de garantir o direito constitucional a moradia, do que proteger o patrimônio estatal.

É por este motivo, portanto, que a imprescritibilidade dos bens públicos não deveria ser uma regra geral, pois, a proteção do patrimônio do Estado á aquisição privada nem sempre estará atendendo ao interesse público.

A verdade é que interesse público não pode ser confundido com interesse do Estado. A administração pública é o aparato burocrático que se destina a garantir o interesse público, no entanto, isto não quer dizer que todas as ações realizadas pela administração vão ao encontro do interesse público.

Conforme leciona o Professor Marçal Justen Filho, o interesse público não se confunde com interesse do Estado⁴²:

O interesse público não se confunde com o interesse do Estado: Não é cabível confundir interesse público com interesse estatal, o que geraria um raciocínio circular: o interesse seria público porque atribuído ao Estado, e seria atribuído ao Estado por ser público. Essa concepção é incompatível com a Constituição e a maior evidência disso reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor composto pelas organizações não estatais).

Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado.

Logo, essa concepção é indefensável, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito. O interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público.

Sob esta perspectiva, depreende-se que o interesse público nem sempre será atingido protegendo o interesse do Estado. Ademais, complementa ainda o autor que o interesse público se diferencia ainda de interesse do aparato administrativo.⁴³

O interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo: O interesse público não consiste no interesse do aparato estatal. O Estado, como sujeito de direito, pode ter interesses de modo semelhante ao que ocorre com qualquer sujeito privado, que age segundo uma lógica de conveniência.

Esses interesses do aparato estatal não podem ser reconhecidos como interesse público. Configura-se a distinção apontada por Renato Alessi entre interesse público primário e interesse secundário, difundida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello. É imperioso ter em vista que nenhum interesse público configura-se como conveniência egoística da administração pública. O chamado interesse secundário (Alessi) ou interesse da Administração Pública não é público. Ousa-se afirmar que

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed . rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 155.

⁴³ *Idem*.

nem ao menos são interesses, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. Somente para os interesses privados e no âmbito da atividade privada é que se admite a busca pela maior vantagem possível, mas sempre respeitados os limites do direito. Essa conduta não é admissível para o Estado.

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso também traça precisa distinção entre os conceitos de interesse público primário e secundário, o qual cumpre transcrever⁴⁴ (2015: 94):

O debate contemporâneo acerca da noção de interesse público impõe reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada, que o divide em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

A proteção ao patrimônio público não é uma razão de ser do Estado, constituindo-se, portanto, em um interesse secundário. Em que pese Marçal Justen Filho sustentar que o interesse secundário não seria nem mesmo um interesse na acepção jurídica da palavra, mas sim uma conveniência circunstancial⁴⁵, evidente que o patrimônio do Estado é importante e deve ser protegido, pois a consecução de serviços públicos depende deste patrimônio.

Porém, esta proteção patrimonial, sendo um interesse público secundário não deve se sobrepor em casos que esteja em jogo um interesse público primário e socialmente mais relevante, como por exemplo, o a moradia, principalmente quando o patrimônio público que esta sendo apropriado pelo particular não cumpre sequer sua função social, como é o caso dos bens públicos dominicais.

Sendo assim, é incabível sustentar que a vedação total à aquisição de bens públicos dominicais por usucapião seria sustentada pelo princípio da supremacia do interesse público. Como visto, a proteção meramente patrimonial dos bens estatais consiste apenas em interesse

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed . rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 155.

público secundário, o qual, quando em conflito com um interesse primário ou um direito fundamental não merece se sobrepor. Nesta linha argumenta Luis Roberto Barroso⁴⁶.

(...) o interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, O Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.

Especificamente em relação choque entre interesse público secundário e os direitos fundamentais, complementa o autor⁴⁷.

À vista das ideias até aqui expostas, já é possível enunciar uma constatação. O interesse público secundário – *i.e.*, o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. Nesse ponto, adere-se à doutrina que sustenta a necessidade de se rediscutir e dessacralizar o chamado princípio da supremacia do interesse público. Mas há uma ponte na direção da posição tradicional.

Isto é, tendo em vista que o Estado é concebido para a concretização de interesses públicos (situação inversa aos bens particulares), os interesses privados do estado só poderão ser defendidos caso não estejam em choque com interesses públicos primários⁴⁸.

Sendo assim, a imprescritibilidade completa dos bens públicos dominicais, portanto, por serem bens formalmente públicos, nem sempre estarão atendendo ao interesse público nem tampouco à função social de sua propriedade, atendendo apenas o interesse patrimonial do Estado, que consiste em um interesse público secundário.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 95 e 96.

⁴⁸ 2003, p. 57, *apud* BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95 e 96.

A proteção patrimonial do patrimônio do Estado, por se tratar de um interesse público secundário, só mereceria prevalecer em casos em que não estivesse em confronto com interesses públicos primários ou direitos fundamentais. Entretanto, não é o que ocorre sempre quanto à usucapião de um bem público dominical.

A Carta Magna, ao prever indiscriminadamente a vedação à usucapião de qualquer bem público, acaba por vezes sobrepondo o interesse secundário sobre o primário como, por exemplo, em casos em que a proteção meramente patrimonial do estado em relação a um bem que não concretiza qualquer função pública se sobrepõe ao direito á moradia.

Portanto, o que se percebe é que a ideia de que a supremacia do interesse público sustenta a imprescritibilidade dos bens do Estado não se sustenta no que tange os bens dominicais. Isto, pois, na hipótese de usucapião de um bem dominical para fins de moradia, por ser a moradia um interesse público primário e a proteção patrimonial um interesse secundário, o primeiro mereceria prevalecer.

O que se percebe na verdade é que não existe propriamente um argumento mais profundo e lógico que dê supedâneo à imprescritibilidade de bens dominicais, ou pelo mesmo nenhum que se adeque aos ditames principiológicos da Constituição. A imprescritibilidade dos bens dominicais nada mais, portanto, do que uma mera opção do poder constituinte que assim o decidiu, mesmo contrariando diretamente alguns princípios por ele próprio consagrados.

3.3 A contradição constitucional

Diante de toda esta explanação, resta notório que a imprescritibilidade irrestrita e que não discrimine os bens públicos entre material e formalmente públicos, não se mostra adequada sob a perspectiva dos princípios constitucionais e da escoreita interpretação das noções de interesse público e função social.

Neste sentido, como restou esclarecido, é possível afirmar que a vedação à usucapião de imóveis públicos, no que diz respeito especificamente aos bens formalmente públicos, não encontra guarida nos princípios constitucionais e na garantia de direitos fundamentais. Está-se diante, portanto, de normas constitucionais que se contradizem.

Conforme se demonstrou, a possibilidade de um particular usucapir um bem dominical pode ser, em certos casos como para a garantia da moradia, a medida que melhor se adequa aos mandados de função social da propriedade e supremacia do interesse público. Pois, como visto no capítulo anterior, os interesses públicos primários devem prevalecer em detrimento dos interesses públicos secundários.

É por este motivo que se pode afirmar que quando a CRFB/88 restringe os bens dominicais com o atributo da imprescritibilidade ela está contradizendo e criando uma exceção aos seus próprios princípios gerais, notadamente, a função social da propriedade e a supremacia do interesse público.

Portanto, conclui-se que dentre os argumentos utilizados para justificar a usucapião de bens públicos, quais sejam *i)* a ideia de que a imprescritibilidade seria consequência direta da inalienabilidade originária dos bens públicos; *ii)* o princípio da função social presumida dos bens públicos; e *iii)* o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nenhum destes possui fundamento jurídico verdadeiramente válido e aceitável capaz de explicar a razão da sua imprescritibilidade.

Pôde-se perceber que todos estes argumentos são perfeitamente cabíveis no que se refere à imprescritibilidade dos bens públicos materialmente públicos, mas falham ao justificá-la quanto aos bens dominicais.

A partir de uma análise mais aprofundada sobre os argumentos, ao que parece, as justificativas para a imprescritibilidades dos bens públicos tem como principal foco os bens materialmente públicos. Ocorre que a mesma lógica foi aplica automaticamente também aos bens formalmente públicos, mas em relação a estes ela não faz sentido justamente porque que

se tratam de espécies de bens com diferenças substanciais e que devem ser observadas com atenção.

Além disso, em relação especificamente aos argumentos *ii*) e *iii*), estes se sustentam a partir de concepções dúbias sobre os conceitos de função social da propriedade e interesse público.

Ao final desta análise, a principal lição que se pode retirar é que a proteção à usucapião a qual gozam os bens públicos dominicais não possui argumentos minimamente sustentáveis. Não há por trás desta proibição uma teoria ou exegese que a sustente.

Em verdade, trata-se de mera opção legislativa que tem como pano de fundo uma visão patrimonialista de proteção dos bens públicos e que, ao mesmo tempo, contradiz alguns dos mais importantes princípios da própria Constituição de 1988. A questão retratada neste debate, portanto, é um exemplo de caso no qual a Constituição limita a aplicabilidade de princípios que ela própria consagra.

CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa da usucapião de imóveis públicos dominicais a fim de garantir, por exemplo, o direito à moradia é endossado apenas por parte minoritária da doutrina, como Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Flávio Tartuce, sendo desconhecida também jurisprudência que a admita. Muito por causa da manifesta previsão da CRFB/88 bem como do advento da súmula 340 do STF, os tribunais aplicam sistemicamente a imprescritibilidade irrestrita.

Por outro lado, já houve avanço nas decisões no que tange à função social dos bens públicos. Importantes julgados vêm assumindo a necessidade dos bens públicos de cumprirem função social, reconhecendo, por consequência, a posse de particulares sobre bens do Estado desde que o possuidor venha a lhe dar alguma função socialmente adequada. Desta forma, garantindo a estes particulares, por consequência, o direito aos interditos possessórios.

Cumpra transcrever o louvável acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de relatoria do ilustre Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSO ESPECIAL. POSSE. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM PÚBLICO DOMINICAL. LITÍGIO ENTRE PARTICULARES. INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL. OCORRÊNCIA. 1. Na ocupação de bem público, duas situações devem ter tratamentos distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas. 2. A posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, sendo que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórios por um particular. 3. A jurisprudência do STJ é sedimentada no sentido de que o particular tem apenas detenção em relação ao Poder Público, não se cogitando de proteção possessória. 4. É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse. 5. À luz do texto constitucional e da inteligência do novo Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. **6. Nos bens do patrimônio disponível do Estado (dominicais), despojados de destinação pública, permite-se a proteção possessória pelos ocupantes da terra pública que venham a lhe dar função social. 7. A ocupação por particular de um bem público abandonado/desafetado - isto é, sem**

destinação ao uso público em geral ou a uma atividade administrativa -, confere justamente a função social da qual o bem está carente em sua essência. 8. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm 340; CF, arts. 183, § 3º; e 192; CC, art. 102); um dos efeitos jurídicos da posse - a usucapião - será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular. 9. Recurso especial não provido. (STJ - Acórdão Resp 1296964 / Df, Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 18/10/2016, data de publicação: 07/12/2016, 4ª Turma)

Os institutos da legitimação da posse e da legitimação fundiária, trazidos pela Lei 13.465/2017, também são avanços no reconhecimento da função social da propriedade pública bem como do papel dos bens públicos no acesso à moradia.

Sabe-se que estes avanços ainda são poucos, principalmente se considerar o grave problema de acesso à moradia e terra que o Brasil historicamente possui. Entretanto, o foco central desta pesquisa não é saber se, na prática, há margem ou meios para que um particular possa usucapir um bem público dominical. Apesar de a hermenêutica permitir a ponderação entre normas conflitantes e também outras técnicas aplicáveis em situações de antinomia constitucional, esta pesquisa não pretende questionar a aplicabilidade dos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da CRFB/88.

Os mandamentos constitucionais não poderiam ser mais claros quando dispõem que os imóveis públicos, sejam rurais ou urbanos, não podem ser usucapidos. Não se pode ignorar o texto constitucional. O presente trabalho não pretende negar o texto constitucional.

Evidente que uma alteração no texto dos artigos, por meio de emenda à Constituição, solucionaria a questão se excepcionasse que os bens dominicais, por não cumprirem sua função social, poderiam ser adquiridos pelo particular por meio da usucapião desde que a propriedade se prestasse a garantia de um direito social, notadamente, um interesse público primário.

A presente pesquisa não tem, de igual maneira, a pretensão de alterar a realidade fática e propor uma alteração legislativa. Mas tão somente destrinchar, explorar e se aprofundar no que está por trás da imprescritibilidade com o fim de analisar se esta proibição se adequa ou

não aos preceitos constitucionais e, como fora dito, a imprescritibilidade dos bens dominicais vai de encontro com a principiologia constitucional, negando a aplicabilidade da função social da propriedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, D.B.; FILHO, J.E.B.; MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro. 41ª. ed.** São Paulo: Malheiros Editore LTDA, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. Ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 710, de 17 de setembro de 1938. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-710-17-setembro-1938-358386-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9760.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22785.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6969.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 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 18 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. TERMO FINAL. AQUISIÇÃO. DECRETO-LEI 228/1967, ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO. NATUREZA. PERDIMENTO OU DOAÇÃO COMPULSÓRIA. INCORPORAÇÃO DO IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. DISSOLUÇÃO E EXTINÇÃO DE ÓRGÃO ESTUDANTIL ESTADUAL. REGISTRO. CASO INAUGURAL (LEADING CASE). Aresp. nº 1292965, da 2ª Turma de 21 de agosto 2018. Disponível em: <<https://oabjuris.legalabs.com.br/process/110798866a1b703b9d4380be199aa8724d76db9566975ce39f66e8ebc043ca4e?searchId=4be8cef4-68e6-4d9c-853a-a6139133e122>>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. POSSE. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM PÚBLICO DOMINICAL. LITÍGIO ENTRE PARTICULARES. INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL. OCORRÊNCIA. Resp, nº 1296964 da 4ª Turma de 18 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. BEM DOMINICAL. SUPOSTA AQUISIÇÃO EM DATA ANTERIOR AO REGISTRO DO BEM PELA UNIÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AI nº 852.804 da 1ª Turma de 4 de dezembro de 2012. Disponível em:

<<https://oabjuris.legalabs.com.br/process/d8b1d8d054f9abdc5abec0134a072692496539c5847a3be73c8086c7d37d18f1?searchId=90b002db-2127-4c39-b420-e1b41e6b9cda>>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BEM PÚBLICO – TERRITÓRIO TRANSMUDADO EM ESTADO – INTEGRAÇÃO. ACO nº 685, do Tribunal Pleno de 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://oabjuris.legalabs.com.br/process/665d80a5554b6a119b570e9e16160df248eb3173bb0ea29409341b1fffa5e192?searchId=8f274a2f-69b9-41f3-b3f3-0aafbef0078f>>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 340. Não é admissível por ato legislativo restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>>. Acesso em 18 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo. 28ª ed.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 26ª ed.** São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 28ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13ª ed.** São Paulo: Atlas, 2015. v. I.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil. 13ª ed.** São Paulo: Atlas, 2017. v. V.

FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. **Revista de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, p. 113-122, abr./jun. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo. 10. ed . rev., atual. e ampl.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BURLE FILHO. José Emmanuel; MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro. 42. ed. atual.** até a Emenda Constitucional 90, de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, W.B.; PINTO, A.C.B.M.F. **Curso de Direito Civil 1. 43ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. 23ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. 28ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. 3ª ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.