
DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS FORMALMENTE PÚBLICOS

ELDER LUÍS DOS SANTOS COUTINHO
Tribunal de Justiça de Minas Gerais

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a questão da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, ou seja, aqueles não afetados a uma destinação pública específica, que estariam em situação *a priori*, incompatível com o princípio da função social da propriedade, esculpido como garantia fundamental na Constituição da República de 1988. O Código Civil e a Carta Maior em princípio, não trazem exceções à regra da imprescritibilidade dos bens públicos. Contudo, em uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, é possível perceber que não seria lícito e legítimo isentar o poder público da observância do princípio da função social da propriedade no que tange a administração de seus próprios bens, notadamente em um Estado Democrático de Direito. A maioria quase absoluta da doutrina e jurisprudência não considera a possibilidade da usucapião de bens públicos, muitas vezes nem os divide em material e formalmente públicos. Contudo, alguns autores como Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, dentre outros, coadunam com a idéia explanada neste estudo. No que tange à jurisprudência, o assunto já fora sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, contrariamente à possibilidade da usucapião de bens públicos (Súmula 340). Nesse diapasão é que este estudo se torna relevante, pois o Direito não é uma ciência exata, e como consequência disso, a qualquer instante um entendimento ora minoritário, pode passar a ser majoritário, e vice e versa.

Palavras-chave: bens públicos; função social; usucapião

ABSTRACT

This work has as scope to analyze the question of the possibility of usucapio of formally public goods, those not affected to a specific public purpose, that situation would be a priori, incompatible with the principle of social function of property, carved as collateral fundamental in the Constitution of the Republic of 1988. The Civil Code and the Highest Charter in principle not provide exceptions to the rule of non praescriptus of public goods. However, in a systematic and teleological interpretation of the Constitution, you can see that would not be lawful and legitimate public power exempt from compliance with the principle of social function of property in regard to administration of their own property, especially in a democratic state of law. Most of the almost absolute doctrine and jurisprudence does not consider the possibility of usucapio of public goods, they are often not divided into the material and formally public. However, some authors such as Rosenvald and Chaves, among others, in line with the idea explained in this study. Regarding the case, the matter was already overviews by the Supreme Court, unlike the possibility of usucapio of public goods (Summary 340). Considering the exposed above, this study becomes relevant, because the law is not an exact science, and as a result, at any time a minority view now, may become the majority in the future, and vice-versa.

Key words: public goods; social function; usucapio

1 INTRODUÇÃO

O princípio da função social da propriedade, consagrado na Constituição da República de 1988 como garantia fundamental, traz uma limitação à utilização da propriedade.

O particular para ser proprietário, deve respeitar a função social da propriedade, quer dizer, deve efetivamente no plano prático, proporcionar uma utilização condizente com o Direito e com a realidade social, sob pena de perda da propriedade pela prescrição aquisitiva ou desapropriação.

A usucapião, instituto originário do Direito Romano é uma forma de aquisição primária da propriedade pelo uso, desde que preenchidos certos requisitos formais e materiais, como o cumprimento de uma função social da posse e o prazo necessário em que se deve estar na posse do bem.

Considerando o exposto, cabe analisar se o princípio da função social da propriedade também deve ser respeitado pelo Estado, que por ser Democrático de Direito, deve obediência ao seu próprio ordenamento jurídico.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias tendem ao entendimento de que todos os bens públicos são imprescritíveis, ou seja, não podem ser adquiridos por usucapião. Doutrina minoritária, contudo, encabeçada por Celso Ribeiro Bastos, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, vê distinção entre os bens públicos. Para esta doutrina, os bens públicos se dividem em material e formalmente públicos, sendo que os primeiros são aqueles que têm uma destinação público-social específica e os últimos podem até tê-la, mas potencialmente podem estar a descumpri-la, situação em que passariam a ser usucapíveis.

Assim, este trabalho pretende realizar uma análise sistêmica do Direito para identificar a possibilidade de o poder público se sujeitar ao princípio da função social da propriedade, da mesma forma que o particular, havendo a possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos que não estejam a cumprir uma função público-social, sob pena de desproporcionalidade e descumprimento do referido princípio.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E BENS PÚBLICOS

2.1 – O princípio da função social da propriedade

Dentre as Constituições brasileiras, a idéia de função social da propriedade já estava inserida na Constituição de 1946, com o intuito de promover a modalidade de desapropriação por interesse social. Apesar disso, esse princípio somente veio a aparecer expressamente, na Carta de 1967 (art. 160, III). *Prima facie*, cabe ressaltar que na Constituição de 1967, visou-se retirar da concepção de propriedade, seu caráter exclusivamente egoístico, advindo do direito romano, que pregava a propriedade como absoluta, sendo direito de usar, gozar e dispor de qualquer maneira, sem levar em conta um fim social (visava-se somente o interesse do particular). Oportuno salientar que durante a vigência da CF/67, o princípio da função social da propriedade foi aplicado estritamente à desapropriação para reforma agrária, conforme constava em seu art. 161.

Farias e Rosenvald (2006, p. 227 e seguintes) discorrem amplamente sobre o princípio da função social da propriedade em sua obra, explanando desde os aspectos históricos do princípio, até sua consagração pela atual Carta Magna.

Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXII, há a garantia do direito de propriedade, sendo que, o inciso XXIII do mesmo artigo, prescreve que a propriedade irá atender à sua função social. Já no inc. XXIV, a CF trata da desapropriação, determinando que

“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Desta feita, percebe-se que o constituinte originário de 1988, desejou inserir um novo conceito de propriedade, um elemento de transformação, que a coloque ao serviço do desenvolvimento social. A Constituição não retira do dono seu direito sobre a coisa, mas exige que o uso da propriedade seja condicionado ao bem-estar social.

Apesar da abordagem constitucional da propriedade, é um equívoco acreditar que o seu regramento foi subtraído pelo Direito Público. A propriedade ainda é formalmente privada, porém materialmente social. É privada na forma e estrutura, pois o domínio é exclusivo; mas é social na destinação e controle de legitimidade e merecimento. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 235)

Ressaltam Farias e Rosenvald (2006) que o abuso do direito de propriedade, ou seja, o descumprimento de sua função social é ato ilícito pelo qual o proprietário pratica um ato ilícito na origem, já que é faculdade do domínio, mas ilícito no resultado, pois agride aos interesses da coletividade que interagem com o direito de propriedade. Assim, a função social da propriedade não tem outro fim senão o de dar sentido mais amplo ao conceito econômico de propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens que satisfaçam as necessidades sociais, já que, ao proprietário é obrigatória a preservação da função, sob pena de perda da propriedade pela intervenção do Estado (desapropriação) ou àquele que cumpriu uma função social na posse do bem em lugar do dono (usucapião).

2.2 – Bens públicos

Os bens públicos, que podem ser materiais ou imateriais, são de propriedade de uma pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviços públicos, desde que o bem esteja afetado à prestação do serviço.

Os bens públicos se dividem em três categorias, quais sejam¹:

a) Bens de uso comum: são bens que podem ser utilizados por qualquer um do povo, a título gratuito ou oneroso (art. 103 CC). Em casos excepcionais (ex.: imperativo de segurança nacional) o poder público pode restringir o uso do bem. São exemplos de bens de uso comum, as praças, praias, ruas, estradas, zoológicos, etc.

b) Bens de uso especial: é a categoria de bens utilizados pelo Estado para suas instalações. Exemplos: prédios de hospitais, escolas, prefeitura, etc.

c) Bens dominiais²: são os que o poder público detém como qualquer particular, não estando destinados nem ao uso comum, nem ao uso especial. São bens disponíveis, podendo ser alienados, sob determinadas condições. Assim, podem ser considerados bens do domínio privado do poder público. Os bens dominiais podem ser convertidos por lei, em bens de uso especial a partir do fenômeno da afetação, sendo que o inverso também é possível, desde que haja desafetação do bem de uso especial.

Muitos autores ainda dividem os bens públicos em materiais e formais. Os materiais seriam aqueles bens públicos por excelência, já que destinados à função público-social. Já os bens públicos formais, contrariamente, seriam aqueles desafetados de qualquer destinação pública, ou seja, públicos pela simples designação legal, os quais, no entendimento de alguns doutrinadores, seriam prescritíveis e conseqüentemente passíveis de aquisição por usucapião, em respeito ao princípio da função social da propriedade.

¹ Classificação proposta por **Chaves e Rosenvald** (2006) em Direito Civil: Teoria Geral, p. 334-335.

² Também conhecidos como dominiais.

2.3 – Aplicação da função social da propriedade aos bens públicos

Partindo dessa premissa, resta aparente dúvida sobre a aplicação do aludido princípio aos bens públicos. Deve o princípio da função social da propriedade ser respeitado somente pelo particular, ou também pelo poder público?³ A partir deste questionamento, arma-se a problemática do presente estudo, em razão da possibilidade ou não de usucapião de bens públicos que não estejam afetados a uma destinação ou finalidade pública, situação em que, *a priori*, seria dificultosa a identificação do cumprimento de uma função social por parte do Estado.

A aparente dúvida é rechaçada no instante em que se recorda que ao Estado Democrático de Direito não é permitido se furtar do respeito às suas próprias normas. Ademais, pela própria denominação do “bem público”, já se percebe que o “verdadeiro”, ou seja, aquele afetado à destinação pública, está necessariamente em consonância ao princípio da função social da propriedade. A problemática reside na prática, em que vários bens ditos públicos, não possuem afetação. É justamente aí que jaze o descumprimento da função social da propriedade por parte do poder público, o que, para alguns, geraria a possibilidade de aquisição do bem por usucapião.

3 DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS FORMALMENTE PÚBLICOS

Para Fiuza (2006) etimologicamente, usucapião significa aquisição pelo uso. A palavra é originária do latim, *usucapio*, em que *usu* significa pelo uso, e *capio* quer dizer captura, tomada, ou aquisição. Como a palavra originária do latim é do gênero feminino, admite-se em português o emprego do termo “a usucapião”. Assim, a usucapião é tipo extraordinário de aquisição da propriedade, se fundando em posse prolongada, que transforma situação de fato em situação de Direito.

A usucapião é tratada em muitas legislações, mas notadamente na Constituição da República e no Código Civil, possuindo várias modalidades e requisitos formais e materiais, assuntos estes, que não serão tratados neste estudo, sob pena de alongamento do objeto.

Prescrevem os artigos 183, §3º e 191, § único da Constituição da República e 102 do Código Civil, respectivamente:

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

[...]

§3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

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.

³ Fortini (2004) em A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade, p. 117 assevera que “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”.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Percebe-se pela simples leitura da lei que tanto o legislador constituinte quanto o ordinário, optaram por absolutizar a regra da imprescritibilidade dos bens públicos, não havendo qualquer ressalva no texto legal.

A jurisprudência também parece ter se consolidado no entendimento de que é incabível a usucapião aos bens públicos, conforme se depreende das ementas de decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

CIVIL - USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO - PROVA PERICIAL - BEM PÚBLICO PERTENCENTE AO ESTADO DE MINAS GERAIS - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO MANTIDA. Sendo o BEM objeto da pretensão integrante do patrimônio PÚBLICO, o pedido de declaração de USUCAPIÃO é juridicamente impossível. (TJMG - Número do processo: 1.0024.98.018620-9/001(1) - Relator: MAURÍCIO BARROS - Data do Julgamento: 08/07/2008 - Data da Publicação: 25/07/2008)

AÇÃO DE USUCAPIÃO - IMÓVEL DESAPROPRIADO PELO MUNICIPIO DE IPATINGA - IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR BEM PÚBLICO - A POSSE EM BENS PÚBLICOS NÃO GERA USUCAPIÃO - APELAÇÃO DESPROVIDA - SENTENÇA CONFIRMADA. 1 - Segundo o § 3º do art. 183 da C.F. os imóveis públicos não serão adquiridos por USUCAPIÃO. 2 - A posse, mesmo anterior, à desapropriação, não gera USUCAPIÃO, após a desapropriação de BEM imóvel, que passa a ser um BEM PÚBLICO. 3 - Comprovado que o imóvel, objeto da ação hoje pertence ao MUNICIPIO DE IPATINGA, que o adquiriu por regular desapropriação, a ação é improcedente (Súmula 340 do STF). 4 - Apelação desprovida. 5 - Sentença confirmada. (TJMG - Número do processo: 1.0313.03.080316-4/001(1) - Relator: FERNANDO BRÁULIO - Data do Julgamento: 29/06/2006 - Data da Publicação: 20/09/2006)

USUCAPIÃO. BEM PÚBLICO. A IMPRESCRITIBILIDADE AQUISITIVA DE BENS PÚBLICOS É CONSAGRADA DE MODO ABSOLUTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSE ORIGINADA EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO É PRECÁRIA, AFASTADO O ELEMENTO SUBJETIVO DO 'ANIMUS DOMINI'. APELAÇÃO DESPROVIDA (TJRS, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70.007.723.349, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, julgado em 09/03/04)

Destoando da maioria da jurisprudência, há uma decisão isolada do TJRS sobre o tema, em que ao menos o julgador parece ter levado em consideração que a finalidade pública deve estar presente na utilização dos bens públicos no caso concreto.

AÇÃO DE USUCAPIÃO. CONTESTAÇÃO PELO MUNICÍPIO. APONTAMENTO DE ÁREA UTILIZADA, EM TEMPOS ANTIGOS, COMO VIA DE TRÂNSITO, ATUALMENTE DESATIVADA. LOTEAMENTO CONSTITUÍDO SOBRE O LOCAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO EM NOME DO MUNICÍPIO. FINALIDADE PÚBLICA NÃO COMPROVADA. DOMÍNIO PÚBLICO INEXISTENTE. POSSE 'AD USUCAPIONEM' FARTAMENTE DEMONSTRADA. Inexistindo comprovação efetiva de que a via de trânsito integrou o domínio público, não há cogitar da aplicação do artigo 183, § 3º, da Carta Maior. Loteamento registrado sobre a área antigamente ocupada pela via, sem qualquer oposição da municipalidade. Ausência de registro em nome da pessoa jurídica de direito público. Inexistência de prova acerca da antiga destinação pública. Âmbito local indicado pela prova. Posse vintenária e 'animus domini' inequívocos. Ação procedente. Primeiro apelo provido. Segundo apelo e reexame necessário prejudicados. (Apelação e Reexame Necessário

nº 70.002.094.753, 2ª Câmara Especial Cível, Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, julgado em 23/04/02) (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também consolidaram seu entendimento no mesmo sentido, havendo inclusive súmula do STF (número 340) sobre a matéria: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

DIREITO CIVIL. IMÓVEIS PERTENCENTES À TERRACAP. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.

"Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos, sendo insuscetíveis de usucapião" (EREsp 695.928/JOSÉ DELGADO) (STJ - AgRg no REsp 865999 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0150933-3 - Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) - T3 - TERCEIRA TURMA - julgamento em 03/12/2007 - DJ 14/12/2007 p. 404)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BEM PÚBLICO. IMÓVEL INSUSCETÍVEL DE USUCAPIÃO. ALEGAÇÃO REJEITADA. ESBULHO RECONHECIDO.

I - Tendo o Tribunal a quo reconhecido o esbulho praticado contra o imóvel do autor da ação de reintegração de posse, bem como rejeitado a alegação de usucapião, por se tratar de bem público, haveria de ter julgado totalmente procedente o pedido, não apenas parcialmente, como o fez. É evidente a contradição da sentença – a cujas conclusões remete o acórdão recorrido – porque em um trecho de sua fundamentação consta que o pedido deve ser julgado totalmente procedente e, do dispositivo, consta que se julga parcialmente procedente a ação.

II - Recurso especial provido. (STJ - REsp 953151 / SP RECURSO ESPECIAL 2007/0112842-7 - Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) - T1 - PRIMEIRA TURMA - julgamento em 11/09/2007 - DJ 08/10/2007 p. 239 REPDJ 22/11/2007 p. 205)

A maioria da doutrina também ratifica o entendimento de que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, como salienta o constitucionalista Alexandre de Moraes (2002). O civilista César Fiuza (2006) e o administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2007), dentre outros, também coadunam com o entendimento, conforme se depreende das citações abaixo, *in verbis*:

O domínio patrimonial está sujeito a regime administrativo especial, não se lhe aplicando as normas que regem a propriedade privada, a não ser supletivamente. Orienta-se o domínio patrimonial por quatro princípios basilares, a saber, a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não-oneração.

A regra geral é que o Estado não pode alienar seus bens. Tal só ocorrerá excepcionalmente, na dependência de lei que autorize a transação.

Pelo fato de serem inalienáveis, os bens públicos são também inadquiríveis, enquanto durar a inalienabilidade. Dessarte, não serão afetados pela “prescrição aquisitiva” ou usucapião. (FIUZA, 2006, p. 769) (grifo nosso)

A imprescritibilidade significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, e isso independentemente da categoria a que pertençam.

Houve, é bem verdade, inúmeros questionamentos a respeito dessa característica especial dos bens públicos. Contudo, o Direito brasileiro sempre dispensou aos bens públicos essa proteção, evitando que, por meio do usucapião, pudessem ser alienados como o são os bens privados, quando o possuidor mantém a posse dos bens por determinado período.

Atualmente, a Constituição estabelece regra específica a respeito, dispondo, no art. 183, § 3º, que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, norma, aliás, repetida no art. 191, relativa a imóveis públicos rurais.

Desse modo, mesmo que o interessado tenha a posse de bem público pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica do usucapião. O novo Código Civil espancou qualquer dúvida que ainda pudesse haver quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza. Nele se dispõe expressamente que **“os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”** (art. 102). Como a lei não distinguiu, não caberá ao intérprete distinguir, de modo que o usucapião não poderá atingir nem os bens imóveis nem os bens móveis. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 977) (grifo nosso)

Continuando sua explanação, CARVALHO FILHO (2007) reconhece que existe entendimento em contrário, “de que é vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos” e salienta sua discordância em relação a esse entendimento, apresentando dois fundamentos:

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 constatada em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 977)

Ora, com a devida vênia, no primeiro entendimento o autor se mostra demasiadamente legalista, desconsiderando a possibilidade de interpretação sistemática e teleológica da lei, em que se poderia analisar a norma civil e constitucional em consonância ao princípio da função social da propriedade. Aliás, é possível visualizar que a norma-princípio da função social da propriedade poderia se sobrepor à norma-regra da imprescritibilidade dos bens públicos, dependendo do caso concreto⁴.

No que tange ao segundo fundamento, o autor parece estar embasado em uma visão que eleva o Estado à condição de superioridade absoluta, já que, conforme ressaltado pelo doutrinador, o poder público não necessita demonstrar que seus bens atendem à função social, estando presumidamente presente o princípio. Tal entendimento em última análise parece destoar da condição de Estado Democrático de Direito, em que este está condicionado às suas próprias regras. Além disso, o autor prega a interpretação da lei com presunção *iure et iure*, em que não se admite prova em contrário.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins possuem entendimento contrário ao da doutrina majoritária, ressaltando a admissibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, notadamente das terras devolutas, bens desafetados por excelência, senão:

Os bens públicos são aqueles que pertencem ao domínio das pessoas jurídicas de direito público. No entanto, nem todos esses bens estão sujeitos a um regime também de direito público. Pertencem ao domínio público sem que, contudo, se sujeitem às regras jurídicas a que estão normalmente submetidos os bens públicos na plena acepção da palavra. Estes são públicos pela destinação e não somente pela titularidade. As terras devolutas constituem o maior contingente que compõe essa categoria de imóveis. Nada obstante serem públicas em razão da qualidade que detém a sua titularidade, não têm essa qualificação quando se leva em conta a

⁴ A intenção aqui não é de hierarquizar as normas constitucionais, pois como é sabido, não existe hierarquia entre elas. Contudo, no caso concreto entre conflito de normas constitucionais, o julgador deve ponderar pela norma mais adequada à concretude dos fatos e à lógica do ordenamento jurídico.

destinação a que estão afetas. As terras devolutas não estão vinculadas ao atingimento de um fim público. Permanecem como um estoque de terras ainda não transpassado aos particulares ou, tendo um dia estado em suas mãos, já tornaram à origem em razão do donatário ter caído em comisso. O fato é que estas terras são possuídas pelos Poderes Públicos à moda de um particular. Devem, portanto, estar sujeitas ao usucapião, não colhidas, pois, pela expressão “imóveis públicos” a que se refere o Texto comentado. Esta distinção entre os bens públicos e as terras devolutas já era defendida por autores de grande tomo do nosso direito público. A matéria, contudo, em face do advento da atual Constituição, parece ter-se desapegado das areias movediças dos debates doutrinários para ingressar na arena segura da positividade jurídica. Assim é que o art. 188 da Lei Maior faz referência no mesmo preceito às terras públicas e às terras devolutas, deixando certo que acolheu a distinção esposada cientificamente. Se as terras devolutas fossem públicas, não haveria necessidade da sua referência. Essa só se explica pelo fato de o Texto Constitucional ter perfilhado a tese segundo a qual só são públicos os imóveis quando sujeitos a um regime de direito público. Portanto, é forçoso reconhecer que, nada obstante um imóvel ser público por compor o domínio de uma pessoa de direito público, ele pode ser dominical do ponto de vista da sua destinação ou utilização. Esses são usucapíveis. (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 222-223) (grifo nosso)

Em sua obra “Curso de Direito Administrativo” Bastos (2000) também deixa claro seu posicionamento:

A imprescritibilidade diz respeito à aquisição da propriedade por usucapião. Os bens públicos não podem ser usucapidos. A Constituição da República textualmente proíbe a aquisição de imóveis públicos urbanos (art. 183, § 3º) e rurais (art. 191, § 3º) por usucapião. (BASTOS, 2000, p. 308)

Esta proibição não se aplica aos bens dominiais, que, nada obstante serem públicos em razão da qualidade que detêm a sua titularidade, são possuídos pelos Poderes Públicos à moda de um particular, submetidos, inclusive, ao regime de direito privado. Esses são usucapíveis. (BASTOS, 2000, p. 308 – nota de rodapé)

No mesmo passo estão Farias e Rosenvald (2006), se filiando ao posicionamento minoritário, *in verbis*:

Por fim, o art. 102 do Código Civil adverte que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião. O legislador foi radical ao deixar claro que a impossibilidade de usucapião atinge todos os bens públicos, seja qual for a natureza ou a finalidade. A nosso viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.

Porém, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 267-268) (grifo nosso)

Continuando sua explanação, aludidos autores asseveram seu posicionamento esclarecendo que divergem da formalidade adotada pelo Diploma Civil quando da diferenciação entre propriedade pública e particular. Acreditam os autores que “não é a personalidade jurídica do titular do bem que determinará a sua natureza, mas a afetação de suas finalidades a um serviço público”.

Vivenciamos uma época em que não se avalia o rótulo, mas a efetividade dos modelos jurídicos. Em outras palavras, se o bem pertencente à União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações de Direito Público, não guardar qualquer relação com a finalidade pública exercitada pela pessoa jurídica de direito público, haverá possibilidade de usucapião. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 269)

Da mesma maneira, em estudo específico sobre o tema, Fortini (2004) se mostra filiada à doutrina que admite a possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, conforme se verifica das passagens abaixo, *ipsis literis*:

Se a inércia e descompromisso do proprietário privado são devidamente punidos, quer, via oblíqua, com o reconhecimento de que novo é o titular do bem, configurada a hipótese de usucapião, quer com a aplicação das penas delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a administração pública possa negar a vocação dos bens que formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social. (FORTINI, 2004, p. 120)

[...] O critério formal, adotado pelo Código Civil, por outro lado, enobrece bens que, por estarem desvinculados do cumprimento de função social, não devem pertencer à categoria de bens públicos, mesmo que formem o patrimônio de pessoas jurídicas de direito público. (FORTINI, 2004, p. 121) (grifo nosso)

Com isso percebe-se que apesar da grande maioria da doutrina e jurisprudência não admitirem a possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, uma corrente minoritária vem surgindo e desenvolvendo o tema a partir de um raciocínio condizente com os ditames principiológicos constitucionais e com a fatídica realidade social vivida em nosso país.

Não é razoável que o Estado possa deixar de observar o princípio da função social da propriedade, pelo argumento de que o bem público já impende o princípio, simplesmente por ter natureza pública. É necessária a comprovação da destinação pública ou afetação na prática, para que o bem público possa “merecer” a regra da imprescritibilidade.

4 CONCLUSÃO

A vedação à usucapião dos bens públicos é prevista no art. 102 do Código Civil e no art. 183, §3º da CR. Apesar do legislador ter optado por não excepcionar, tendo legislado sobre a imprescritibilidade do bem público de forma absoluta, parte da doutrina acredita não ter sido a melhor opção, se levada em conta a lógica de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição da República e dos princípios relacionados à posse e propriedade. A questão seria compatibilizar a regra constitucional do art. 183, §3º da CR com o art. 5º, XXIII da mesma lei. É mister ressaltar que na condição de princípio constitucional, tido como consecutório do princípio considerado basilar da atual lei maior, qual seja, da dignidade da pessoa humana, e diante da sua íntima vinculação com o direito fundamental de acesso à moradia, é possível defender a idéia de que entre a norma-princípio da função social e a

norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, existe hierarquia axiológica⁵, devendo *prima facie*, prevalecer a primeira.

Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público; se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade. Afinal, de acordo com a clássica teoria econômica, “da escassez dos bens”, estes realmente tendem à escassez cada vez maior, não sendo razoável o seu “desperdício” por qualquer um que seja.

Assim, o ideal seria “incomodar” o poder público com a possibilidade mesmo que potencial, de “perder” seus bens dominicais caso não lhes dê a devida destinação público-social, ou os “pseudo-uso” comum ou especial, quer dizer, aqueles desafetados na prática.

Desta feita, poderia o legislador ter optado por excepcionar os bens não afetados da vedação à prescritibilidade. Poderia também em última análise, ter instituído prazo maior para a prescrição do bem público, seguindo a lógica da isonomia material do art. 188 do CPC que prevê prazos especiais à fazenda pública. Não tendo atuado o legislador, ao menos os Tribunais e a maioria da doutrina, poderiam apoiar a excepcionalidade nos casos concretos, inclusive interpretando as regras da imprescritibilidade dos bens públicos como normas *juris tantum*, em que é admitida prova em contrário, mas, como visto, não é o que ocorre atualmente.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 343p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**, volume 7: arts. 170 a 192. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 450p.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça, consulta jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 11 de dezembro de 2008.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal, consulta jurisprudencial e a súmulas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 11 de dezembro de 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª edição revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2007. 1056p.

DICIONÁRIO: **Expressões em Latim. DireitoNet**. Sorocaba/SP. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/> Acesso em: dezembro de 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. 727p.

⁵ Guimarães (2007). A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos. Uma interpretação à luz da unidade constitucional.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. 628p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. 716p.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9ª edição revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. 1083p.

FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. Revista de Direito Municipal nº 12, volume 5 de 2004. 113-122p.

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. **A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos. Uma interpretação à luz da unidade constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1691, 17 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10948>>. Acesso em: 15 de março de 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2006. 654p.

LUIZ, Antônio Filardi. **Curso de Direito Romano**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1999. 256p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 936p.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça, consulta jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> Acesso em: 12 de dezembro de 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002. 836p.

RIO GRANDE DO SUL, **Tribunal de Justiça, consulta jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 12 de dezembro de 2008.

RIO GRANDE DO SUL, **Ministério Público Estadual, consulta jurisprudencial do TJRS**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/jurisprudencia/id551.htm>> Acesso em: 18 de dezembro de 2008.

ROSENVALD, Nelson. **Curso Intensivo: Direito Civil**. Belo Horizonte: *Praetorium* – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito, 2008. Notas de aula.

VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO. Organização Anne Joyce Angher. 3ª edição. São Paulo: Editora Rideel, 2006. 1600p.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 343p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**, volume 7: arts. 170 a 192. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 450p.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça, consulta jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=usucapi%E3o+e+bem+e+p%FAblico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>> Acesso em: 18 de dezembro de 2008.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça, consulta jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=usucapi%E3o+e+bem+e+p%FAblico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>> Acesso em: 18 de dezembro de 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª edição revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2007. 1056p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. 628p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. 716p.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9ª edição revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. 1083p.

FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. Revista de Direito Municipal nº 12, volume 5 de 2004. 113-122p.

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. **A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos. Uma interpretação à luz da unidade constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1691, 17 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10948>>. Acesso em: 15 de março de 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002. 836p.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça, consulta jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=ementa&palavrasConsulta=usucapi%E3o+bem+p%FAblico&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=18%2F12%2F2008&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar> Acesso em: 18 de dezembro de 2008.

RIO GRANDE DO SUL, **Ministério Público Estadual, consulta jurisprudencial do TJRS**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/jurisprudencia/id551.htm>> Acesso em: 18 de dezembro de 2008.

VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO. Organização Anne Joyce Angher. 3ª edição. São Paulo: Editora Rideel, 2006. 1600p.