

## A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: DA MERA DETENÇÃO AO RECONHECIMENTO DA POSSE FUNCIONALIZADA PELOS PARTICULARES

### THE CONSTITUTIONAL PROHIBITION OF USUCAPTION OF PUBLIC GOODS AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY: FROM MERE DETENTION TO THE RECOGNITION OF THE POSSESSION FUNCTIONALIZED BY THE PRIVATE

Marcos Alcino de Azevedo Torres<sup>1</sup>

Emerson Affonso da Costa Moura<sup>2</sup>

#### Resumo

A função social dos bens públicos é o tema posto em debate. Análise em que medida os bens públicos independente da previsão constitucional e legal de sua imprescritibilidade com a respectiva vedação da sua aquisição através do usucapião, igualmente, se sujeitam a função social, em específico, no que tange ao reconhecimento da posse qualificada com a função social em detrimento da propriedade sem função social. Para tanto, no primeiro item analisa-se a nova dimensão assumida pela posse e o reconhecimento de sua função social, após a presunção de atendimento do interesse público pelos bens públicos através de sua afetação formal e a vedação a sua aquisição por usucapião e por fim, busca se compatibilizar a vedação constitucional da imprescritibilidade dos bens públicos com a necessidade de sua adequação à função social.

**Palavras-chave:** Bens Públicos; Imprescritibilidade; Usucapião Posse; Função Social.

#### Abstract

The social function of public goods is the subject of debate. Analyze the extent to which public assets independent of the constitutional and legal prediction of their imprescriptibility with the respective prohibition of their acquisition through usucapião, are also subject to a specific social function, as regards the recognition of qualified possession with the social function to the detriment of property without social function. In order to do so, the first item analyzes the new dimension assumed by the possession and the recognition of its social function, after the presumption of service of the public interest by the public goods through its formal affectation and the prohibition of its acquisition by usucapião and finally , seeks to reconcile the constitutional seal of the imprescritibilidade of the public goods with the necessity of its adaptation to the social function.

---

<sup>1</sup> Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). E-mail: malcino@globo.com

<sup>2</sup> Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Visitante do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Advogado. E-mail: emersonacmoura@yahoo.com.br

**Keywords:** Public Goods; Imprescritibilidade; Usucapião Posse; Social role.

## INTRODUÇÃO

A posse tradicionalmente era concebida no direito brasileiro como uma defesa avançada do direito de propriedade. Enquanto o direito de propriedade não fosse definitivamente estabelecido, a posse não poderia permanecer vacante e, portanto, as desordens que poderiam resultar da incerteza da posse tornavam necessária a adjudicação da posse e o exercício dos poderes do domínio a alguém até nova ordem.

Não obstante, se antes se justificava tal construção da posse em razão do interesse público envolto na terra, que demandava por questões econômicas que elas fossem cultivadas impedindo que os campos ficassem improdutivos inegável que o processo de urbanização com crescimento desordenado das cidades, as altas taxas de migração dos campos e o crescimento populacional conduziu a outra trajetória no que se refere a posse.

Em um contexto marcado pela alta concentração fundiária e grave déficit habitacional aliado a um redimensionamento do instituto da propriedade à luz das transformações no que tange ao Direito, a posse passa a traduzir a proteção não de uma titularidade ou do chamado domínio formal sobre a coisa, porém, o reconhecimento de sua função social no de direitos básicos como moradia e trabalho, cumprindo assim a função promocional do Direito.

Neste viés, embora consagrada pela lei civil a função social da propriedade privada e considerando que no nosso sistema jurídico ao contrário do direito alemão não contenha, em linha de princípio um regime dual para a regulação das coisas, a literatura quase dominante tende assumir uma vedação no que tange a sujeição dos bens públicos à função social em razão da previsão constitucional de vedação de usucapião.

Busca o presente trabalho analisar em que medida os bens públicos independente da vedação constitucional e legal da sua aquisição através da usucapião, igualmente aos bens particulares, devem cumprir uma função social, em específico, no que tange a possibilidade de reconhecimento da posse qualificada pela função social em detrimento da propriedade desfuncionalizada.

Para tanto, no primeiro item analisa-se a nova dimensão assumida pela posse e o reconhecimento de sua função social, seguindo pelo exame da a presunção de atendimento do interesse público pelos bens públicos através de sua afetação formal; a vedação a sua aquisição por usucapião e por fim, busca-se demonstrar que a vedação constitucional da aquisição dos

bens públicos pela via da usucapião não se caracteriza como obstáculo dogmático-teórico do reconhecimento de que a propriedade pública também tem que cumprir com sua função social.

## A POSSE DOS BENS QUALIFICADA PELA FUNÇÃO SOCIAL

Tratar do reconhecimento da posse dos bens públicos, com especial atenção para os bens imóveis sempre suscita discussão, mesmo porque tratar do instituto da posse sempre foi considerado um tema erigido. Em verdade é um tema que de um modo geral sempre traz uma certa antipatia social, considerando que seu exame geralmente se dá no confronto com instituto de grande envergadura social e econômica como sói acontece com a propriedade.

Essa dificuldade não é de agora. Ruggiero, salientara que não há doutrina que apresente dificuldades em todos os seus pontos que a da posse, “a começar nas que respeitam às suas origens históricas, ao fundamento racional da sua proteção, à própria terminologia”,<sup>3</sup> que é variada e imprecisa, nas leis, nos livros, nas decisões dos tribunais”, nestes últimos então, que graça, no tema objeto de exame neste ensaio, grande controvérsia.

Savigny, ainda muito jovem, afirmou em seu Tratado que era comum os autores que se ocupam da posse geralmente começar por se queixarem das dificuldades extremas que apresenta a matéria. Alguns de tão boa-fé nas suas queixas que têm perdido a coragem, mas vaticina: “chez la plupart toutefois ce n’était qu’un éloge anticipé de leur travail”, dado que não tinham menos a pretensão de satisfazer completamente o leitor.”<sup>4</sup>

Pontes de Miranda chamou a atenção para o fato de que a sistemática da posse e de sua proteção ficou muito prejudicada através dos séculos, principalmente num período que ele chamou de “teorizante”, quando os autores queriam arquitetar com os textos romanos ou sem o fundo filosófico necessário, as “teorias da posse”. Para ele, e este aspecto é importante na investigação ora proposta, “não há outra teoria verdadeira da posse”, que não “a do sistema jurídico que ele contempla. *De lege ferenda*, pode o jurista sugerir outra teoria, ou alteração, mas a mistura das duas atitudes é perniciosa para a ciência e para a vida.”<sup>5</sup>

Depois dos estudos de Savigny e Ihering, parece que pouca coisa mudou. Alguns sistemas adotaram a teoria subjetiva cujo expoente mais conhecido dos manuais é o primeiro referido; outros sistemas adotaram as idéias do segundo, e outros ainda, como o nosso,

---

<sup>3</sup> RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p.491.

<sup>4</sup> SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la Possession em Droit Romain*. 7ª ed. Paris: G. Pedone-Lauriel, Successeur, (Trad. de Henri Staedtler), 1879, p. 1/2.

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, s/d. p.9.

também adotaram as idéias do segundo, mas não integralmente, formando um sistema híbrido<sup>6</sup>, situação que se repetira, com algum aperfeiçoamento no novo Código Civil.

Seguindo a orientação de Ihering a posse tradicionalmente no direito brasileiro é concebida como a visibilidade do domínio (art. 485 do CC/16 e art. 1196 do CC/02) ou ainda a defesa avançada do direito de propriedade, ou seja, como por vezes a prova da propriedade, pudesse resultar, como dizem alguns numa “diabólica probatio”, mas razoável seria proteger aquele sujeito que pratica atos que normalmente correspondam a atos de um proprietário. Neste ponto é interessante lembrar o que disse Lafayette, em nota de rodapé de que: “os atos possessórios, como o de cercar o terreno, o de cultivá-lo, o de cortar árvores, se confundem no ponto de vista material com os atos dominicais do proprietário.”<sup>7</sup>

A posse, como exteriorização de uma dada situação de poder entre o homem e uma coisa, pode ser encontrada em três situações distintas, a saber: a) como conteúdo de certos direitos; b) como requisito para aquisição de certos direito reais; c) a posse por si mesma.

De regra a posse exercida por alguém sobre alguma coisa é exercício de um direito, normalmente o de propriedade. Na dúvida, enquanto não se apurar se aquele que está no exercício de fato de um dos poderes (faculdades) inerentes ao direito de propriedade é de fato proprietário, merece ele a tutela do ordenamento, haja vista que a situação não poderia ficar indefinidamente em estado de periclitção, daí a proteção daquele que se encontra na situação de fato, até prova de que ele não merece a tutela do ordenamento. Não obstante, em verdade, a posse está a merecer proteção do sistema do sistema, por si mesma em sua autonomia, afastando-se da idéia de vinculação com o direito de propriedade, haja vista que o conteúdo deste só atua de modo dinâmico se o titular do direito tiver a possibilidade de exercer, direta ou indiretamente, atos possessórios.

Justificava a proteção da posse não só interesse público envolto na exploração da terra desde a nossa colonização (ainda que só formalmente nos títulos de concessão de sesmarias), que a por razões econômicas exigia que elas fossem cultivadas impedindo que os campos ficassem improdutivos mas o inegável processo de urbanização ocorrido em terras brasileiras, provocando um crescimento desordenado das cidades, com altas taxas de migração dos

---

<sup>6</sup> ROSA, Pedro Henrique de Miranda. Fontes Históricas da Teoria da Posse no Direito Civil Brasileiro. Tese de Concurso. Rio de Janeiro: Gráfica e Editora Itambé, s/d, p.100/103. Darcy Bessone, salienta que por conta da adoção de teorias diversas para regular o mesmo assunto, “tornou o Código Civil, incoerente e contraditório no atinente ao conceito de posse.” In: “Da Posse”, Ed. Saraiva, 1996, p. 60.

<sup>7</sup> PEREIRA, Lafayette R. Direito das Coisas, ob. cit. p. 27 nota 7.

campos e o crescimento populacional conduziu a outra trajetória no que se referem ao estudo do tema da posse.

Como já salientado, no nosso sistema a posse se caracteriza como a visibilidade do direito de propriedade e sua proteção, dentre muitos outros motivos apontados pela doutrina, se justifica porque se protege a aparência de propriedade e para garantia da paz social, Para teoria prioritariamente adotada pelo nosso sistema, desnecessário para caracterização da posse o *animus domini* presente na teoria chamada de subjetiva, bastando o elemento objetivo *corpus* (representado pelo fato de agir o possuidor como age o proprietário) e o elemento psicológico correspondente a *affectio tenendi* (que se situa na vontade de proceder como habitualmente procede o proprietário) para a configuração da posse, de modo que toda situação que corresponda ao exercício de poderes e faculdades sobre a coisa deverá ser considerada como posse, a não ser que se esteja diante de uma das hipóteses indicadas pelo legislador que retire a possibilidade de reconhecimento da posse, configurando assim, a chamada posse natural, ou mera detenção<sup>8</sup>.

A posse pode também ser compreendida sob dois pontos de vista: como condição do nascimento de um direito e como fundamento de um direito. No primeiro ponto, entende-se que é através da posse, que uma situação temporária de utilização da coisa pode-se converter em uma situação definitiva, quando se adquire a propriedade pelo exercício prolongado da posse. Com efeito, a posse corresponderia a condição de fato da utilização econômica da propriedade, bem como, um elemento indispensável da propriedade atuando como a guarda avançada desta. Assim, a proteção possessória apresenta-se como uma posição defensiva do proprietário, com a qual pode ele repelir com mais facilidade os ataques dirigidos contra a sua esfera jurídica<sup>9</sup>, abstraindo-se da necessidade de provar o seu direito sobre a coisa resultante da titularidade.

Assim o *corpus* na teoria objetiva da posse seria o exercício visível do direito de propriedade, o fato de agir como proprietário. Em linha de princípio, então a posse não seria garantida pelo direito senão para a proteção da propriedade em si mesma, de modo que o *corpus* consistiria no fato de agir o possuidor como age o proprietário, e o *animus* é a vontade aplicada ao próprio *corpus*; sendo a posse, portanto, a vontade de agir como proprietário, ou seja, proceder como procede habitualmente o dono, a *affectio tenendi*.

---

<sup>8</sup> IHERING, Rudolf Von. Teoria simplificada da posse. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 09.

<sup>9</sup> IHERING, Rudolf Von. op. cit., p. 24 e 28.

Note-se, todavia, que a noção de função de um bem significa extrair dele todas as utilidades que o sistema licitamente permite, assim a possibilidade, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da posse destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Assim, a função social da propriedade numa percepção simples se liga ao modo de utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, o que significa que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário (EMERSON MANTER ESSA NOTA, NÃO SEI COMO APAGAR A MARCAÇÃO), mas sim de quem efetivamente tenha a posse do mesmo.

Isto porque, os bens na função esperada pela sociedade é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Se os bens são fenômenos da realidade o direito de propriedade é fenômeno do mundo dos pensamentos, dar ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais ocorre mais no plano real e do que no plano jurídico, de modo que a função social será cumprida por atos concretos de quem tiver efetivamente na posse da coisa.<sup>10</sup>

Assim, a posse não expressa uma relação jurídica abstrata, composta pelos *animus* e *corpus* abstratos, mas sim uma relação social de cunho concreto que corresponde a funcionalização do bem. Assim, todo homem deve ter direito ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse, a fim de atender a necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum.

A posse é a instituição jurídica dotada de essencialidade e entidade suficiente para constituir a estrutura expressiva da insuprimível necessidade dos bens integrados no “espaço vital alimentício” e no “espaço vital de radicação”, que são exigências e dimensões da pessoa que, tendo projeção exterior, traz consigo situações possessórias absolutamente indispensáveis para a caracterização do indivíduo como ser vivente e convivente.<sup>11</sup>

A radicação do ser humano não compreende só o estar ou habitar, mas também a atuação da pessoa que há de servir-se dos bens, compreendendo – precisamente como essencial – o serviço incorporado pelo trabalho, daí porque surgem necessariamente situações possessórias. A organização propriamente jurídica da sociedade requer a tutela normativa dessas situações.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 884.

<sup>11</sup> HERNANDEZ GIL, Antonio. La función social de la posesión. Madri : Alianza Editorial, 1969, p. 155-156.

<sup>12</sup> HERNANDEZ GIL, Antonio. La función social de la posesión. Madri : Alianza Editorial, 1969, p. 155-156.

Neste sentido, o apossamento dos bens é legítimos desde que tenham a finalidade de garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. De modo, que tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum.<sup>13</sup>

Portanto, qualquer apropriação não é um absoluto formal, de modo que um direito de propriedade só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação. O direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse pela qual este é exercitado.

Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em atuação o seu direito à posse (*ius possidendi*), transformando-o efetivamente em posse (*ius possessionis*), possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.<sup>14</sup>

A tessitura da função social, tanto na propriedade quanto na posse, está na atividade exercida pelo titular da situação jurídica sobre a coisa à sua disposição. A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação ou exploração dada pelo seu titular, bem como, à destinação social do bem.<sup>15</sup>

Neste sentido, a função social da posse não significa uma limitação ao direito de possuir, mas a exteriorização do conteúdo imanente da posse. Isso permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia, em alguns aspectos, diante de outros institutos jurídicos, como por exemplo, a própria compreensão da noção do direito de propriedade.

Questão que será objeto de exame é se possível aplicar a tese da função social da posse dos bens privados no que tange aos bens públicos e, portanto, determinar a par da vedação constitucional de sua aquisição por usucapião, se haverá necessidade de adequação das coisas

---

<sup>13</sup> MIGOT, Aldo Francisco. A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p. 89.

<sup>14</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 373.

<sup>15</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. op. cit., p. 308.

tida como pública ao exercício de uma utilidade social ou se por sua própria qualificação as mesmas já assim o são.

### A SUJEIÇÃO DOS BENS PÚBLICOS À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE<sup>16</sup>

Uma parte dominante da literatura jurídica – ainda que não adote tal critério com exclusividade, mas combinando com outros como titularidade – considera que sendo o elemento central do domínio público a sua adequação às necessidades coletivas, os bens serão, portanto, tidos como públicos na medida em que houver tal afetação, ou seja, o próprio ordenamento jurídico atribui à coisa a realização de uma determinada função pública.

A dificuldade de se adotar, porém, esse critério formal para o domínio público e, portanto, para qualificação dos bens públicos – ao menos em um vértice estritamente positivo-normativo – decorre de como os autores que assim sustentam consideram que compete apenas à norma jurídica atribuir a qualidade de público aos bens, mediante, a determinação do seu destino e titularidade pública<sup>17</sup>.

Assim, em sentido oposto a escola que sustenta nessa temática um elemento objetivo – de que os bens serão qualificados como públicos em razão dos fins ou atividades ao qual se destinam – as coisas por si só não são públicas, mas dependem de uma qualificação por lei, que seja capaz de atribuí-las de tal forma ao domínio de uma pessoa jurídica de direito público, o que resultaria na sua subtração do campo da aquisição privada.<sup>18</sup>

Neste sentido, o domínio público seria uma técnica que atribui a titularidade ao ente estatal sob os bens comuns – que servem a coletividade – e, portanto, a relação jurídica, que diante da afetação coletiva, impõe a obrigação ou o seu dever de atuação pública na guarda e proteção<sup>19</sup>, porém, este raciocínio esbarra em algumas questões que envolvem não exclusivamente o regime dos bens públicos, mas a própria compreensão da ciência do Direito.

---

<sup>16</sup> Neste tópico trabalham-se idéias construídas na minha tese defendida na conclusão do doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: MOURA, Emerson Affonso da Costa. A função social como elemento estruturante da teoria do domínio público: o dever de funcionalização dos bens públicos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>17</sup> LANZIANO, Washington. Estudios de Derecho Administrativo. Montevideo: Editora da Universidade da República, 1993. p. 105.

<sup>18</sup> CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 814.

<sup>19</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. Dominio Publico: Un Ensayo de Reconstruccion de Su Teoria General. Revista de Administración Publica, Espanha, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N. 100-102. Enero-Diciembre. 1983. p. 38.

Inegável que a afetação enquanto critério se funda no positivismo jurídico que embora abranja distintas escolas tem em comum o reconhecimento de que o Direito enquanto ciência, tem por objeto de análise o *fato* e não o *valor*, de forma que a validade de suas normas se fundam na verificação de sua estrutura formal e não em seu conteúdo, cabendo ao cientista estudar a realidade dos fatos, abstendo-se de formular juízos e conotações valorativas<sup>20</sup>.

Por efeito, uma vez que o positivismo situa a ciência jurídica no âmbito dos juízos objetivos da realidade, através da investigação por métodos científicos, renuncia o jurista qualquer concepção teleológica ou finalística da natureza, analisando a validade a partir de critérios estruturais e não o valor de acordo com critérios funcionais, afastando juízos como justo ou injusto do campo do estudo do Direito.<sup>21</sup>

Com a distinção entre juízos de valor e de validade cria-se com o positivismo, uma fronteira nítida entre ciência e filosofia do Direito, de forma que enquanto cabe ao primeiro a análise da realidade empírica do Direito produzindo um conceito avalorativo, fatural ou ontológico, no segundo busca-se investigar o fundamento, colocando-o diante do problema do valor do Direito, gerando conceito ideológico, valorativo ou deontológico.<sup>22</sup>

Ao situar a legitimidade do Direito não em sua função (conteúdo), mas em sua estrutura formal a teoria foi objeto de distintas críticas<sup>23</sup> já que as regulações são normativas não são caracterizadas pela prescrição de um comportamento voltado ao alcance de determinado fim – exceto os genéricos como paz social – mas como forma de estabelecer um nexo de imputação entre a conduta e a sanção<sup>24</sup>.

Porém, com ascensão do Estado Social de Direito entra em crise na teoria do direito contemporâneo, as técnicas de desencorajamento, que concebem o Direito apenas com a função protetiva em relação aos atos lícitos e repressiva em relação aos atos ilícitos, com a sua

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Noberto. Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007. p. 131.

<sup>21</sup> BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 135-136.

<sup>22</sup> BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 138.

<sup>23</sup> Isto não significa que os estruturalistas ignorem a existência de finalidades a serem alcançadas pelo Direito. Em sua teoria pura, embora Hans Kelsen sustente o Direito apenas com uma das ordens de regulação da conduta humana e, portanto, uma técnica específica da organização social, situa-a como meio para atingir as finalidades que as outras formas de controle social não conseguem realizar. Apesar de conservar a sua concepção instrumental do Direito, o autor aponta ao buscar os contrapontos entre Direito e Justiça dentro de uma cognição racional, que uma ordem jurídica para alcançar uma estabilidade duradoura deve ser realizar uma finalidade, a saber, assegurar a paz social em uma base relativamente permanente, inclusive, indicando haver tendência de identificar a justiça e paz, como um e outro. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 86-91 e 113-115.

substituição por técnicas de encorajamento, trazendo as Constituições pós-liberais, mais que a finalidade de tutela ou repressão, a função de promoção social.<sup>25</sup>

Assim, observa-se não apenas redimensionamento no campo do Direito à uma atuação direcionada ao atingimento de determinados fins, com o papel a ser realizado pelas sanções positivas ao oferecer prêmios aos indivíduos, mas da própria noção de Estado, que de uma postura de não ingerência nas relações sociais e econômicas privadas, passa a intervir não apenas buscando ordens, mas o alcance de certas finalidades<sup>26</sup>.

Porém, a construção não é apenas doutrinária, pois no século XX, observa-se a ascensão de modelos de ordenamento jurídico tipicamente *promocionais* voltados a delimitação de comportamentos socialmente desejáveis, ao revés do modelo liberal tipicamente protetivo-repressivo, que centrava-se em comportamentos não desejados, tendo por finalidade precípua impedir o máximo possível de sua prática<sup>27</sup>.

Ao contrário das Constituições Liberais que previam apenas a organização do poder estatal e os limites ao seu exercício, precipuamente, através da veiculação de carta de direitos fundamentais individuais<sup>28</sup>, as Constituições Sociais, propugnavam a justiça social e o bem-estar coletivo, traduzindo objetivos e fins que devem ser alcançados na ordem econômica e social.<sup>29</sup>

Neste sentido, reconhecida a funcionalização do Direito – na compreensão que a ordem normativa regula a conduta humana para a realização de fins específicos e não apenas preservação da ordem jurídica e da paz social – isto implica no redimensionamento da noção que os bens serão públicos por simples critério de imputação normativa legal – a afetação – mas o seu exercício de acordo com as finalidades do direito – a função.

Sob tal perspectiva positivista estruturalista, a noção de domínio público e titularidade estatal se confundem de forma que os bens serão propriamente públicos quando houver disposição normativa legal ou regulamentar que os integrem a organização administrativa, já que a afetação à finalidade coletiva, por si só, importaria somente no reconhecimento dos bens como de utilidade pública.<sup>30</sup>

Por um lado, isto parece inadequado, pois não se pode negar que determinadas coisas, de fato, de forma natural exercem uma finalidade coletiva e, portanto, independem de

---

<sup>25</sup> BOBBIO, Noberto. Da Função... Op. cit. p. 2-14.

<sup>26</sup> BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 97.

<sup>27</sup> BOBBIO, Noberto. Da Função... Op. cit. p. 15.

<sup>28</sup> Como, por exemplo, a Constituição Americana de 1787, a Francesa de 1791 e a Brasileira de 1891.

<sup>29</sup> Como, por exemplo, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919 e a Brasileira de 1988.

<sup>30</sup> WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. Paris: Éditions Montchrestien, 1969. p. 283.

qualquer atribuição por um ato formal estatal como, por exemplo, os bens naturais como o ar e os mares, que independente do ordenamento jurídico imputá-los pela afetação à natureza pública não se pode negar a função que exercem para a coletividade.

Seria incongruente admitir que se o ordenamento jurídico não consagrasse por ato formal, por exemplo, o ar ou os mares como bens públicos, tais coisas não estariam afetadas a uma finalidade pública e não teriam natureza de coisas públicas sendo, portanto, passíveis de apropriação privada de um sujeito em relação à coletividade, o que ignoraria os limites do Direito na conformação da realidade social subjacente.

Não se trata de construção inédita o reconhecimento do chamado domínio público natural formado por coisas materiais – como os mares – cuja sua própria natureza e as demandas do ser humano o colocam imediatamente à satisfação, e aos interesses da coletividade<sup>31</sup>, de modo que não é o ato de afetação formal pelo ente público que concede o caráter de utilidade pública<sup>32</sup>, mas a impossibilidade de apropriação por qualquer pessoa pública ou privada<sup>33</sup>.

Por outro lado, não parece razoável e conforme a compreensão que hoje se tem do Direito sustentar que as coisas que embora tenham sido afetadas formalmente para exercerem uma finalidade coletiva, uma vez que não exercem mais a função pública continuam sendo consideradas como bens públicos, mesmo desafetadas materialmente, a saber, sem atender a coletividade e, portanto, qualquer uma outra função social.

Tal compreensão geraria algumas idiocracias, já que considerado o domínio público um regime patrimonial do Estado, a afetação formal de uma coisa qualificada pela lei ao uso coletivo pela autoridade administrativa o converteria em bem público, porém, igualmente a desafetação formal, através de ato jurídico conduziria alguns bens ao acervo privado que antes estavam localizados no poder público.<sup>34</sup>

Neste entendimento, o Estado poderia por um ato formal determinar que um bem destinado a função social – como uma praça ou um rio – pudesse ser desafetado e, portanto,

---

<sup>31</sup>FOIGNET, René. Manuel Élémentaire de Droit Administratif. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1898. p. 203.

<sup>32</sup> FOIGNET, René. Op. cit. p. 204.

<sup>33</sup> Algo que já estava previsto no Digesto de Ulpiano "Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur." MADEIRA, Eliane Maria Agati. Digesto de Justiniano: Introdução ao Direito Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Livro 1 Capítulo VIII item 2 parágrafo 3.

<sup>34</sup> FOUCART, Emile-Victor. Éléments de Droit Public et Administratif. Tomo II. Paris: Videcoq Pere Et Fils Libraires-Éditeurs, 1843.p. 5-6.

sujeito a aquisição privada<sup>35</sup>, porém, conservar bens que por nenhum ato material – como um prédio público abandonado – permaneça no acervo público mesmo sem exercer qualquer tipo de finalidade coletiva.

Ademais, como tal critério da afetação proposto não é atender a função social, mas uma função administrativa em si, alguns vão sustentar que determinados bens públicos – como os estabelecimentos públicos ou entes ligados à organização administrativa<sup>36</sup> ou ao serviço público<sup>37</sup> – já seriam dotados em si de uma afetação por si só prescindindo, inclusive, de qualquer ato formal específico.

Assim, geraria uma nova idiocracia, pois determinados bens estatais sem qualquer finalidade social – volve a questão dos prédios públicos desocupados – serão qualificados como bens públicos enquanto as atividades desenvolvidas por particulares de cunho eminentemente social apenas poderão ser qualificadas discricionariamente ou não como estabelecimentos de utilidade pública.

Note que o próprio Conselho de Estado Francês em julgado já aderiu à tal entendimento funcionalista ao determinar que, exercendo uma coisa um uso ou uma finalidade tipicamente pública – no caso concreto era um cemitério – ainda que supostamente esteja sob uma titularidade privada, encontra-se no acervo dos bens que compõem ou *l'appartenance* o domínio público.<sup>38</sup>

Assim, partindo-se de uma concepção funcionalista do Direito onde a ordem jurídica regula as pessoas e coisas de acordo com determinados fins perseguidos, há de se compreender que o critério para a delimitação dos bens públicos não pode ser o ato jurídico formal – de afetação – mas o atendimento aos fins e objetivos buscados pela norma jurídica – no caso a função social.

Por efeito, esteja a coisa sobre a titularidade pública ou privada deverá atender a função social que permeia a propriedade e a posse. Não é possível considerar que o dever fundamental da função social<sup>39</sup> se aplica apenas a propriedade privada<sup>40</sup>, pois além de ignorar

---

<sup>35</sup> É o que dispõe o Código Civil: Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

<sup>36</sup> DUCROCQ, M. TH. Cours de Droit Administratif. Paris: Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1863. p. 574.

<sup>37</sup> FOIGNET, René. Op. cit. p. 197.

<sup>38</sup> FRANÇA, Conselho de Estado. Arrêt Márekar de 28 de junho de 1935.

<sup>39</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”.

<sup>40</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXII - é garantido o direito de propriedade;”

uma interpretação sistemática da Constituição Federal ignora o regime de unicidade dado as coisas em nosso ordenamento jurídico.

No direito alemão há construção de uma dualidade na noção de bem, adotando tais autores que as coisas têm no direito público um sentido distinto do direito privado decorrente, inclusive, da sua impossibilidade de algumas vezes delimitá-los – como os mares e o ar<sup>41</sup>, porém, no direito francês e no brasileiro reconhece uma unicidade no tratamento das coisas, mesmo que haja uma disciplina especial ao lado da comum para regular as coisas públicas<sup>42</sup>.

Uma vez que inexistente um conceito no Direito Brasileiro apartado de bem para as coisas públicas das coisas privadas que, inclusive, se sujeitam a regulação da lei civil<sup>43</sup> mesmo que com suas especificidades<sup>44</sup>, não se pode sustentar que o dever de função social – leia-se de dar uma finalidade que se adéque aos ditames da coletividade – se aplica apenas aos bens privados não sendo necessários aos bens públicos, que justamente devem atender a um fim social.

Acrescente-se que a previsão da função social da propriedade na Constituição Federal no título dos direitos e garantias fundamentais não significa que se limite à propriedade privada, visto que neste capítulo há deveres fundamentais impostos ao próprio Estado, como de indenização para desapropriação<sup>45</sup> e requisição<sup>46</sup>, de fornecer informações sob pena de responsabilidade<sup>47</sup> dentre outros.

Relembre-se como foi visto que a função social se refere aos bens e não ao seu titular, bem como, que corresponde a deveres concretos realizados no plano material, de modo que a coisa que deve atender a finalidade coletiva independente de quem esteja com a sua posse ou propriedade<sup>48</sup> e, portanto, os bens ainda que sob a titularidade estatal se sujeitam *in concreto* a função social.

Questão que surge é saber se uma vez que os bens públicos não exercem a finalidade coletiva decorrente do ato de imputação – afetação formal – se a adequação da sua função social pode ser realizada através da posse exercida por particulares, já que há uma

---

<sup>41</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelas: Societé Anonyme D'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1969. p. 546.

<sup>42</sup> FOIGNET, René. *Op. cit.* p. 198.

<sup>43</sup> Tanto assim o é que são regulados pelo Código Civil no Livro II “Dos Bens” no Título único “Das diferentes classes de bens” no Capítulo III “Dos bens públicos”

<sup>44</sup> No que se refere ao uso e a disposição no que tange a alienação e a prescritibilidade nos artigos 100 a 103 do Código Civil.

<sup>45</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXIV.

<sup>46</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXV.

<sup>47</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXXIII.

<sup>48</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 884.

imprescritibilidade em razão da vedação constitucional da aquisição das coisas qualificadas como bens públicos urbanos e rurais.

## A FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DA POSSE DOS BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES<sup>49</sup>

Como visto, a posse não é tida apenas como um instrumento de proteção do titular do domínio por ser aparência deste, mas antes se liga a utilização da coisa, ou seja, a conduta do seu titular, que em razão da função social presente na estrutura do próprio direito, deve atender ao mesmo tempo à destinação ou exploração dada pelo seu titular, bem como, à uma destinação social do bem.

Neste viés, a análise não pode partir de uma perspectiva estritamente positivista, de que é suficiente à questão considerar que no ordenamento brasileiro vigente há uma proibição de usucapião de bens públicos urbanos e rurais imposta por norma constitucional de natureza originária<sup>50</sup>, e que tal interpretação literal dessa vedação normativo-constitucional basta para que se esgote o tema relativo a posse dos bens públicos.<sup>51</sup>

De início, porque sob a ordem jurídico-constitucional vigente não se deve encerrar a hermenêutica constitucional à interpretação de qualquer um dos seus preceitos, apenas a partir de um método literal e isolado, sob pena de desconfigurar a própria unidade e coerência do sistema normativo-constitucional. Seja porque isso nunca traduzirá um sentido inequívoco,<sup>52</sup> seja porque as proposições negativas demandam uma análise restritiva<sup>53</sup>.

Assim, a vedação constitucional a prescrição aquisitiva dos bens públicos, não pode ser tida a partir da literalidade do texto para abranger toda e qualquer coisa pública, mas deve ser

---

<sup>49</sup> Neste tópico trabalham-se idéias construídas na minha tese defendida na conclusão do doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: MOURA, Emerson Affonso da Costa. A função social como elemento estruturante da teoria do domínio público: o dever de funcionalização dos bens públicos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>50</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 183. §3º - “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

<sup>51</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e legislação Constitucional. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 656.

<sup>52</sup> “As duas expressões – interpretação extensiva e restritiva deixam na penumbra, indistintas, imprecisas, mais ideias do que a linguagem faz presumir; tomadas na acepção literal, conduzem a frequentes erros. Nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade em verificar se se deve passar além, ou ficar aquém do que as palavras parecem indicar”. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 163-164.

<sup>53</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica... Op. cit. p. 199.

perquirida à luz dos outros valores e bens protegidos pela Constituição, de forma a dar um sentido que se adéque ao seu conteúdo global com respeito, por exemplo, a outros direitos – como direito a moradia – e deveres constitucionais – como a função social da propriedade<sup>54</sup>.

Porém, precipuamente porque a aquisição da propriedade por usucapião é apenas um dos efeitos possíveis da posse – exceto quando esta é vedada por norma jurídica como ocorre no caso dos bens públicos e nos casos de posse derivada do titular do direito sobre a coisa – é que se tem partido de uma premissa falsa, a saber, que o bem público não se sujeita ao dever de função social.

A par da usucapião, a posse possui outros efeitos, como que ao possuidor é garantido o direito de manutenção na coisa e de fazer resistência à tomada de posse por outrem<sup>55</sup>, o direito à percepção dos frutos<sup>56</sup>, a ação para recuperação da coisa quando objeto de esbulho possessório<sup>57</sup> dentre outros que se adéquam a finalidade da própria posse que é precipuamente dar uso ou finalidade à coisa.

Não obstante, parte da literatura jurídica sustenta, que ainda que o ente estatal tenha com a coisa pública conduta incompatível com a função social, o que permitiu que um ou mais indivíduos dessem tal função mediante a posse no bem abandonado, trata-se de ocupação irregular, ou seja mera detenção autônoma, que deve ser rechaçada pela ordem jurídica, tendo em vista a imensidão do patrimônio público, e a impossibilidade de vigilância do Estado.<sup>58</sup>

Alega-se que no caso do bem público, como a dominialidade é conferida por um ato formal legal a um determinado bem, não pode haver cessação tácita, pois seria admitir ab-rogação da norma pelo desuso<sup>59</sup>, assim somente a alteração legal ou mediante ato intencional

---

<sup>54</sup> O tema da usucapião de bens públicos não será tratado neste trabalho exceto para apontar que a sua vedação não impede o reconhecimento de uma posse funcionalizada das coisas públicas por particulares. Sobre o tema, inclusive, sustentando a possibilidade de usucapião dos bens públicos vide a tese que encontra-se em fase de editoração para publicação em livro: MOURA, Emerson Affonso da Costa. A função social como elemento estruturante da teoria do domínio público: o dever de funcionalização dos bens públicos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>55</sup> BRASIL, Código Civil. Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

<sup>56</sup> BRASIL, Código Civil. Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

<sup>57</sup> BRASIL, Código Civil. Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

<sup>58</sup> Os Bens Públicos no Novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003.p. 59-60.

<sup>59</sup> Registre-se nesse ponto que tanto Miguel Reale como Paulo Nader, em seus manuais, admitem a possibilidade de revogação (ab-rogação e derrogação) da norma pelo desuso.

ou deliberado pela Administração Pública de mudança de destino do bem público ocorreria o fim da sua propriedade.<sup>60</sup>

Há contudo autores que admitem tanto a afetação como a desafetação de um bem público de forma tácita. A dificuldade a se enfrentar nessa possibilidade de verificação da situação apenas no mundo dos fatos, é a resistência à desafetação pelo desuso, que é compreensível em relação a determinados bens, como praças e ruas, mas não em relação a outros como prédios públicos.<sup>61</sup>

Note, porém, que os mesmos autores sustentam, que o Estado pode por força própria, sem a observância do devido processo legal ou seja, sem a observância à restrição constitucional, através de apossamento de bens de propriedade privada para atender a dado interesse coletivo, ou adquiri-la por desapropriação indireta cabendo ao proprietário apenas indenização posterior se intentar ação no prazo prescricional de cinco anos.<sup>62</sup>

O cidadão, porém, quando exerce a posse direta e contínua sobre bem público abandonado e, portanto, descumprindo qualquer finalidade pública ou sua função social, dando uma finalidade de moradia – que é igualmente um interesse coletivo - só que ao revés da desapropriação indireta tem previsão constitucional, esse não pode se apropriar do bem estatal, pois sua aquisição só ocorre nas hipóteses restritas da lei<sup>63</sup>.

Assim, para o abandono de imóvel urbano ou rural de particular, a lei civil permite não apenas a apropriação por outro sujeito privado que lhe dê fim social através da usucapião, mas igualmente, que o abandono de forma real ou presumida – como o não cumprimento das obrigações fiscais – que passe ao domínio do ente municipal ou distrital no primeiro caso, ou federal no segundo caso.<sup>64</sup>

Porém, para na hipótese de abandono de bem imóvel estatal como não há previsão legal específica de imposição dos deveres de funcionalização da propriedade para os imóveis públicos urbanos<sup>65</sup> ou rurais<sup>66</sup>, inclusive, considerando que densificando as normas

---

<sup>60</sup> SANTOS, Carvalho. Op. cit. p. 107.

<sup>61</sup> Neste sentido consulte-se Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Saraiva, 13ª Ed, 2008, p. 871-872 e Maria Sylvia Z. Di Pietro, *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 24ª ed, 2011, p. 677-678.

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 882-883.

<sup>63</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de...* Op. cit. p. 914.

<sup>64</sup> BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.276 caput e parágrafos.

<sup>65</sup> \_\_\_\_\_ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 182. §4º “É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação

constitucionais, tais conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado<sup>67</sup> traduzem em cláusula impeditiva de aquisição por usucapião.<sup>68</sup>

Se como visto, a função social é do bem e não do seu titular<sup>69</sup>, não há impedimento para que se reconheça a necessidade do atendimento de uma finalidade coletiva por uma propriedade sob a titularidade pública e diante do descumprimento pelo Estado que haja o apossamento pelo particular que ao dar uma função social, este apossamento deve ser reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico com a atribuição senão de todos os efeitos de apenas alguns destes.

Ademais, em um sistema constitucional democrático – marcado por distintos bens e valores da sociedade pluralista – onde se reconhece a relatividade dos direitos fundamentais – onde nenhum é absoluto – não há de se admitir que o direito de propriedade pelo Estado seja absoluto, uma vez que, por exemplo, não tem como negar que a União ou Estado se buscarem edificar em um imóvel público deverão respeitar as regras urbanísticas municipais.

A própria medida provisória nº. 2220 ainda vigente desde 2001 autorizou a outorga para aquele que, até 22 de dezembro de 2016<sup>70</sup>, possuísse como seu, por 5 anos, ininterruptamente e sem oposição de quem quer que fosse, até duzentos e cinquenta metros quadrados imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua

---

compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

<sup>66</sup> \_\_\_\_\_ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 184. “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

<sup>67</sup> \_\_\_\_\_ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 182. §4º “É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:” Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: 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; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

<sup>68</sup> \_\_\_\_\_ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. 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.”

<sup>69</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 884.

<sup>70</sup> Com redação dada pela lei 13.465/2017.

família, teriam o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto de sua posse.

Inclusive, previu que o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor (*accessio possessionis*), contanto que ambas sejam contínuas e a garantia de continuidade da posse do bem público para o herdeiro legítimo do antigo possuidor falecido, desde que esse já resida no respectivo imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Há de se reconhecer, que o fenômeno social é um só e ainda que o nome *iuris* adotado seja ocupação e não uso ou posse, trata-se do mesmo instituto e as consequências não devem ser diferentes, sob pena de descaracterizar o próprio conceito, bem como, produzir uma regulação normativa que viole o princípio da isonomia e a própria sistemática jurídico-constitucional no que tange a propriedade.

Não é possível considerar que haverá a posse de bens públicos por particulares apenas mediante prévia manifestação do Estado que anui com o uso da coisa – o que caracterizaria posse derivada – já que como visto há a fixação de um prazo legal no que tange a ocupação<sup>71</sup>, o que denota a natureza declaratória do reconhecimento da posse funcionalizada e, portanto, a concessão do respectivo uso de bem público para o particular.

Ademais, seria condicionar o dever de função social ao qual submete ao bem à uma prévia manifestação de vontade estatal, o que seria inadequado pois importaria no fato que enquanto aos bens tidos privados seria imposto o atendimento a uma finalidade coletiva sob as consequências legais, os bens tidos como públicos poderiam se conservar sem qualquer destinação social e sanção até que o próprio ente estatal omissos assim o determinasse.

Porém, a ordem jurídica impõe consequências aos bens públicos que não atendem a função social, como a sanção de improbidade administrativa que é imputada aos agentes públicos que não procederem ao adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público decorrente de desapropriação urbanística sancionatória dentro do prazo legal de cinco anos.<sup>72</sup>

Neste viés, não é possível negar que há um dever de cumprir com a função social dos bens públicos, porém, sua violação não se limita a aplicação de sanções aos entes e seus agentes públicos, como, por exemplo, a improbidade administrativa, mas igualmente deve

---

<sup>71</sup> BRASIL, Medida Provisória nº 2.220 de 2001 com redação dada pela lei nº 13.465, de 2017. Art. 1.

<sup>72</sup> BRASIL, Lei Federal nº 10.257 de 2011. Art. 52 inciso II.

importar no reconhecimento que outro sujeito possa igualmente na posse dos respectivos bens dar-lhe uma função social.

Inegável, que isso produz um conflito entre a titularidade estatal e a posse particular, mas como lembra a literatura jurídica, em conflitos entre o direito de propriedade desfuncionalizado e a posse funcionalizada, atender pura e simplesmente a reivindicação do bem pelo proprietário representará garantir seu direito de propriedade, mas significará também, comprometer a força normativa do princípio da função social<sup>73</sup>.

Neste sentido, torna-se necessário reconhecer que a ocupação dada por particular à bem público que não exerce materialmente uma finalidade pública e não atende uma função social corresponde não uma mera detenção por tolerância dos poderes públicos, mas o exercício regular de uma posse funcionalizada que permite a adequação daquela propriedade sob a titularidade estatal aos fins sociais.

## DA SUPOSTA DETENÇÃO AO RECONHECIMENTO DA POSSE DOS BENS PÚBLICOS

Foi dito acima que é voz corrente na doutrina, em especial entre os publicistas, de que como não é possível a aquisição da propriedade pela via da usucapião de bens públicos, estes não são passíveis de posse mas sim mera detenção. Foi dito que este é um falso argumento. E ele é um falso argumento primeiro, porque a transformação da posse em propriedade pela via da usucapião é apenas um de seus efeitos, segundo, que não é necessário para assegurar a moradia, na hipótese de imóveis urbanos que não tem vocação para a cultura e lavouras, que se conceda título de propriedade.

Edmundo Lins, antigo presidente do STF, escreveu um exaustivo estudo sobre a posse e na parte dos efeitos, afirma ele que a posse só possui um único efeito: os interditos ou as ações possessórias, posto que para ele o significado da expressão “efeito específico de um instituto” ou efeito propriamente dito, deve ser considerado o que é produto constante e normal de um instituto, produto este que em circunstâncias dada, se apresentará regular e necessariamente, desde que o instituto exista, sem que seja preciso qualquer outra condição.<sup>74</sup>

Outro autor clássico Astolpho Rezende<sup>75</sup>, salienta que a posse tem os efeitos que a lei lhe atribuir. Neste sentido também a opinião de C. Bevilacqua, ao afirmar que além dos efeitos

---

<sup>73</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 846

<sup>74</sup> LINS, Edmundo. Ensaio sobre a posse. São Paulo: Saraiva, 1969. p.126-127

<sup>75</sup> REZENDE, Astolpho. A posse e a sua proteção. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 55.

especiais que a lei confere à sua defesa, a percepção dos frutos, a indenização por benfeitorias, o direito de retenção em certos casos, a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa, a aquisição da propriedade por usucapião também seria um efeito, ainda que não resultasse só da posse em si mesma, mas também do decurso de tempo, pessoa capaz e coisa que esteja no comércio.<sup>76</sup>

Por outro, não é a impossibilidade de usucapiar a coisa o principal efeito da posse mas sim sua proteção interdita, na verdade da razão mesma do reconhecimento da existência do instituto da posse. A perda da propriedade pela usucapião visa apenas consagrar uma punição ao titular inerte e premiar aquele que dá cumprimento a função social da posse, em linha de princípio, como se tem dito do bem em si mesmo.

Daí talvez tenha razão o primeiro autor indicado nesta parte, de que efeito deve ser considerado só aquele que se encontra todas as vezes que se está diante de determinado instituto, porque toda posse dá direito a proteção interdita mas nem toda a posse pode levar a aquisição da propriedade pela via da usucapião e nem se pode dizer que está seja a intenção do possuidor, já que neste ponto o nosso sistema manteve-se a ideia de posse da teoria dita subjetiva de Savigny, pois exige-se para conversão da posse em propriedade a presença do *animus domini*.

Ora, é pacífico em nossa doutrina que os direitos reais ditos menores (para contrastar com o direito de propriedade) são passíveis de usucapião. Assim, a servidão, a superfície, a concessão de uso, a enfiteuse, estes últimos reconhecidos inclusive em relação aos bens públicos que estão na posse de particulares, como aliás expressamente na hipótese da M.P. acima indicada mas também a Lei da Minha Casa Minha vida e na mais recente lei que cuida da Regularização Fundiária, Lei nº 13.465/2017.

Nesta última lei, por ex., o legislador preocupado em definições (ainda que estas devem ser deixadas para a doutrina), no art. 11 inc. VIII chama de ocupante, aquele “que mantém o poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais”.

O poder de fato que se exerce sobre os bens, móveis ou imóveis, é a posse, portanto, ainda que o legislador não tenha identificado aquele que exerce tal poder como possuidor, por tudo que se conhece do instituto da posse, não se pode negar está condição ao “ocupante”.

---

<sup>76</sup> REZENDE, Astolpho. Op. cit. p.53

Nas posses derivadas por exemplo, só é possível a aquisição da propriedade pela via da usucapião através do fenômeno da interversão da posse (art. 1203 do CC) e o código civil de 2002 permitiu até mesmo a conversão da detenção dita subordinada em posse (§ único do art. 1198 do CC), o que via de regra fará nascer para o ex-detentor a proteção possessória até então inexistente.

Não se olvide ainda da situação que poderia ser chamada de detenção insubordinada, autônoma ou independente que é aquela que ocorra enquanto os vícios possessórios indicados no art.1208 do CC não cessaram, mas que nem por essa situação provisória o detentor deixar de estar em melhor situação do que aquele que pretende usurpar sua detenção.

A doutrina responde de maneira diversa a esta questão prática e de grande frequência. Para uns, o possuidor despossuído teria posse em relação a todos os outros e o ocupante (expressão que o próprio código utiliza) teria posse em relação a outros, menos em relação ao possuidor. Neste sentido é a opinião de Tito Fulgêncio<sup>77</sup>, baseada no aforisma: “adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet”(contra estranhos a posse viciosa costuma ser útil), posição seguida por Carvalho Santos, que se refere expressamente ao primeiro.<sup>78</sup>Pontes de Miranda afirma não ser possível haver duas posses sobre a mesma coisa, pois é contra a natureza, trazendo contudo a opinião de outros juristas e um registro de Paulo (L.3, § 5, D), onde consta a visão de Trebácio que considera possível haver duas posses sobre a mesma coisa, sendo as posses de natureza diversa, uma injusta e outra justa.<sup>79</sup>Moreira Alves entende que não há posse para o ocupante pois isto contraria a teoria objetiva adotada pelo código, encampando a afirmação que seria contra a natureza.<sup>80</sup>

Excluindo está última situação, uma vez que a tendência é que ela seja meramente provisória, mister se faz reconhecer que também é possível ao particular exercer posse sobre bens públicos de raiz que esteja utilizando em razão da inércia do titular. Sua proteção também será provisória, considerando que num certo momento, deverá, pelas vias adequadas (o devido processo legal), se houver manifesto interesse público na utilização do bem, isto é, desejo concreto do titular do direito em cumprir com a função social do bem, devolvê-lo mas não, sem qualquer tipo de proteção ou amparo, como tem dado com certa frequência pelo simples fato

---

<sup>77</sup> FULGÊNCIO, Tito. Da Posse e das Ações Possessórias. Vol. 1 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978, p. 201.

<sup>78</sup> SANTOS, J.M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. v. VII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Edit. Freitas Bastos, 1937. p. 258.

<sup>79</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. Tomo X, 2ª ed. RJ: Editor Borsoi, s/d, p. 269 e 271.

<sup>80</sup> ALVES, Jose Carlos M. A Detenção no Direito Civil Brasileiro. IN: CAHALI, Iussef S. (Coord). Posse e Propriedade. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 23/24.

de considerar o sujeito como mero detentor, afastado de qualquer proteção do sistema, que não a sua integridade física, que por vezes também chega a ser violada pela utilização da força nos instrumentos processuais de despejo.

Deste modo, considerar a ocupação do bem público abandonado pelo particular como mera detenção<sup>81</sup> ignorando a destinação dada e, portanto, a sua natureza de posse funcionalizada com os respectivos efeitos – como a manutenção na coisa – ainda que negada a usucapião é negar a sujeição do bem público à função social, bem como, que a aquisição por prescrição é somente um dos efeitos da posse.

## CONCLUSÃO

O reconhecimento da função social dos bens como a necessidade de uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação ou exploração dada pelo seu titular, bem como, à destinação social importa em um redimensionamento da noção tradicional da propriedade e da posse que busca compatibilizar os respectivos direitos às finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, razão mesma de sua justificação.

No que tange aos bens públicos que usualmente são identificados pela mera afetação formal ignorando a sua destinação material no atendimento da função pública impõe o reconhecimento de sua sujeição à função social, que decorre não apenas de uma perspectiva funcionalista do Direito, bem como, da previsão constitucional do dever fundamental da função social, mas igualmente do próprio regime de unicidade dado aos bens no Direito Brasileiro.

Desta forma, a previsão constitucional de imprescritibilidade dos bens públicos não impede o reconhecimento de que a função social dos bens públicos possa ser alcançada através da posse funcionalizada do particular quando da utilização dos bens públicos abandonados já que a usucapião é apenas um dos efeitos da posse – de caráter econômico – e não o principal, o que não obsta o reconhecimento dos outros efeitos que protegem o possuidor.

---

<sup>81</sup> A detenção, como se sabe, pode ser subordinada ou dependente como nas hipóteses indicadas do art. 1.198 do CC que é aquele que mantém relação jurídica com o titular da posse e cumpre ordens dele e, detentor independente, que é aquele que tem a detenção da coisa desvinculado de qualquer relação jurídica com o titular do direito sobre a coisa e que mantém a condição de detentor enquanto não se converter em posse a detenção que exerce sobre a coisa, como nos casos da parte final do art.1.208 do CC, enquanto não cessar a violência e a clandestinidade.

Neste viés, a sanção de improbidade administrativa para o agente público que não proceder ao adequado aproveitamento do bem objeto da desapropriação urbanística<sup>82</sup>, a proteção da posse e sua continuidade na concessão de uso especial para fins de moradia<sup>83</sup>, o auto de demarcação urbanística<sup>84</sup> ou a demarcação urbanística<sup>85</sup> que abrange bem público para a regularização fundiária apontam o reconhecimento do dever de funcionalização dos mesmos.

## REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. **Dominio Publico**: Un Ensayo de Reconstruccion de Su Teoria General. Revista de Administración Publica, Espanha, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N. 100-102. Enero-Diciembre. 1983.

ALVES, Jose Carlos M. A Detenção no Direito Civil Brasileiro. IN: CAHALI, Iussef S. (Coord). **Posse e Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1987

BOBBIO, Noberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos da Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os Bens Públicos no Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, 2003.

DUCROCQ, M. TH. **Cours de Droit Administratif**. Paris: Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1863.

FOIGNET, René. **Manuel Élémentaire de Droit Administratif**. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1898.

FORSTHOFF, Ernst. **Traité de Droit Administratif Allemand**. Bruxelas: Societé Anonyme D'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1969.

FOUCART, Emile-Victor. **Éléments de Droit Public et Administratif**. Tomo I. Paris: Videcoq Pere Et Fils Libraires-Éditeurs, 1843.

FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Vol. 1 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978

HERNANDEZ GIL, Antonio. **La función social de la posesión**. Madri : Alianza Editorial, 1969

IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Belo Horizonte: Líder, 2004

---

<sup>82</sup> BRASIL, Lei Federal nº 10.257 de 2001. Artigo 52 inciso I.

<sup>83</sup> BRASIL, Medida provisória 2.220 de 2001. Art. 1 caput e § 3º.

<sup>84</sup> BRASIL, Lei Federal nº 11.977 de 2009. Art. 56 §2 inciso I.

<sup>85</sup> BRASIL, Lei Federal nº 13.465 de 2017. Art. 11 inciso IV.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANZIANO, Washington. **Estudios de Derecho Administrativo**. Montevideo: Editora da Universidade da República, 1993.

LINS, Edmundo. **Ensaio sobre a posse**. São Paulo: Saraiva, 1969.

MADEIRA, Eliane Maria Agati. **Digesto de Justiniano: Introdução ao Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIGOT, Aldo Francisco. **A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino**. Caxias do Sul: EDUCS, 2003.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo X. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, s/d.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **A função social como elemento estruturante da teoria do domínio público: o dever de funcionalização dos bens públicos**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REZENDE, Astolpho. **A posse e a sua proteção**. São Paulo: Saraiva, 1937

RODRIGUES, Manoel, **A Posse**. Coimbra: Almedina, 1996.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Fontes Históricas da Teoria da Posse no Direito Civil Brasileiro**. Tese de Concurso. Rio de Janeiro: Gráfica e Editora Itambé, s/d

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. v. VII, 2a ed. Rio de Janeiro: Edit. Freitas Bastos, 1937.

SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la Possession em Droit Romain**. 7ª ed. Paris: G. Pedone-Lauriel, Successeur, (Trad. de Henri Staedtler), 1879.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: **A reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALINE, Marcel. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Éditions Montchrestien, 1969.

*Trabalho enviado em 24 de julho de 2018.*

*Aceito em 26 de julho de 2018.*