

# USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS

## USURPATION OF PUBLIC PROPERTY

*Amanda Parreira<sup>1</sup>*

*Luciana Gaspar Melquíades Duarte<sup>2</sup>*

### RESUMO

A doutrina majoritária e a jurisprudência brasileiras afirmam que os bens públicos são imprescritíveis. Este trabalho pretende analisar esta questão, para sustentar a possibilidade de usucapião de bens públicos, uma vez que a Constituição (BRASIL, 1988) não veda a usucapião de bem público sob todas as modalidades, e ao realizar-se uma interpretação sistemática do ordenamento, obedecendo-se a força normativa da Constituição, como dispõe o neoconstitucionalismo, será verificado que o princípio da função social da propriedade, da proporcionalidade, e o direito à moradia (protegido constitucionalmente), permitem que haja aquisição de um bem público por usucapião em todas as modalidades, exceto as especiais urbana e rural, que foram vedadas constitucionalmente, e que o art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002) é inconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** usucapião; bem público; princípio da função social da propriedade; força normativa da Constituição.

### ABSTRACT

Brazilian's majority doctrine and jurisprudence claim that public goods are imprescriptible. This study aims to examine this question, to sustain the possibility of adverse possession of public goods, since the Constitution (BRAZIL, 1988) does not preclude the prescription of public good under all modalities, and realizing a systematic interpretation of the ordering, obeying the normative force of the Constitution, as has the neoconstitutionalism, will be seen that the principle of the social function of property, proportionality, and the right to housing (constitutionally protected), let there be a public good acquisition by prescription in all modalities, except the special urban and rural, who were constitutionally forbidden, and that art. 102 of Law No. 10.406 (BRAZIL, 2002) is unconstitutional.

**KEY-WORDS:** adverse possession; public good; principle of the social function of property; normative force of the Constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

O § 3º do art. 183 e o parágrafo único do o art. 191 da Constituição (BRASIL, 1988) e o art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002) trazem disposições que vedam a usucapião de bens públicos. A partir destes dispositivos, a doutrina e jurisprudência majoritária (conforme entendimento vazado na Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal), entendem estas vedações como gerais, considerando que até mesmo os bens públicos que não recebem nenhuma destinação, que não estão afetados a qualquer atividade pública, não são passíveis de ser usucapidos. Este entendimento, porém, despreza totalmente o princípio da função social da propriedade expresso constitucionalmente e afasta sua aplicação pelo simples motivo de se tratar de uma propriedade pública. Foi, portanto, eleito como problema ao qual este estudo se dedica.

A imprescritibilidade dos bens públicos tem como finalidade assegurar proteção especial a esta espécie de bens, relacionada à inalienabilidade, justificada esta proteção pelo interesse público. Porém, fere o próprio interesse público o fato de um bem público encontrar-se sem função social, enquanto poderia estar servindo a sociedade; daí a relevância do presente artigo. Não faz sentido que o bem público esteja, de qualquer forma, dissociado de uma função social, justamente em razão do interesse público que deve permear toda propriedade pública num Estado Democrático de Direito.

Assim, este trabalho pretende, sob o lume teórico do pós-positivismo e do novo constitucionalismo, analisar a possibilidade jurídica de usucapião de um bem público considerando a atual concepção democrática da propriedade estatal, o princípio da função social como direito fundamental, a impropriedade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que supostamente legitimava a concepção da imprescritibilidade dos bens públicos, a interpretação constitucional e as formas de resolução de conflitos normativos a partir, inclusive, de noções de técnica legislativa.

A metodologia empregada na pesquisa foi, predominantemente, a dedutiva, uma vez que as premissas gerais foram discutidas com o propósito de formulação de conclusões deônticas. Trata-se de pesquisa eminentemente bibliográfica ou qualitativa decorrente do próprio cunho teórico da discussão. Procedeu-se a ampla revisão da literatura que alude à problemática, que

---

<sup>2</sup> Professora Adjunta de Direito Administrativo e Constitucional da Universidade Federal de Juiz de Fora, Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais.

incluiu livros e artigos de autores brasileiros e estrangeiros, a legislação e a jurisprudência pátria. Constatou-se a existência de poucos autores favoráveis à possibilidade de usucapião de bens públicos e que a maioria sequer aborda o tema, o que evidenciou ainda mais a importância da pesquisa pretendida.

Ao final deste estudo, foi possível sustentar a prescritibilidade de bens públicos nas modalidades de usucapião não vedadas pela Constituição (BRASIL, 1988): especial urbana e rural, com fulcro no princípio da função social da propriedade, no emprego da técnica da proporcionalidade, na força normativa da Constituição e na coerência do sistema jurídico.

## **2 PROPRIEDADE, FUNÇÃO SOCIAL E BENS PÚBLICOS**

Inicialmente, é importante traçar um breve histórico da evolução da propriedade privada e pública no que diz respeito à sua forma de utilização, função social e respectiva previsão no ordenamento.

A propriedade privada, no período que vai da Roma Antiga até a primeira metade do século XIX, foi marcada por características de forte cunho individualista. Isto significava que o proprietário poderia usar, gozar e dispor de seu bem como quisesse. As poucas limitações que incidiam sobre seus bens decorriam do direito de vizinhança. Porém, principalmente após a segunda metade do século XIX, observa-se que a propriedade passou a sofrer um número cada vez maior de restrições impostas pelo Estado com a finalidade de garantir o bem-estar social. Isto se deu em razão da aplicação cada vez mais expressiva princípio da função social, inspirado na doutrina social da Igreja, que atribuiu uma faceta democrática à utilização da propriedade, como um instrumento de efetivação do bem comum em reação à visão patrimonialista e individualista anterior.

A primeira aplicação do princípio da função social à propriedade privada se deu na Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, a Constituição de 1946 previu o princípio da justa distribuição da propriedade e a Lei nº 4504 (BRASIL, 1964), o Estatuto da Terra, trouxe expressamente o condicionamento do uso da propriedade à sua função social. Em 1967, o constituinte o incluiu como um dos princípios da ordem econômica e social, tendo, porém,

aplicação restrita à propriedade agrária. Apesar de já estar previsto constitucionalmente, a aplicabilidade prática do princípio restou prejudicada em razão do cenário individualista que predominava no país, refletido na Lei nº 3071 (BRASIL, 1916), o antigo Código Civil, vigente à época, e que somente deixou de prevalecer com a entrada em vigor da Constituição de 1988.

A Constituição atual elevou o princípio da função social ao patamar de direito fundamental ao positivá-lo no inciso XXIII do seu art. 5º. Além disso, no inciso III do art. 70 está inserido como princípio da ordem econômica e nos artigos 182 e 186 estão previstas respectivamente, a função social da propriedade urbana e rural.

No passado, entendia-se que os bens públicos eram aqueles cuja fruição era um privilégio do Rei, sendo chamados de Bens da Coroa. Tais bens eram de titularidade do Monarca, que poderia usá-los como bem quisesse. Vigorava a teoria do domínio eminente, segundo a qual, em última análise, todos os bens pertenciam à Coroa, que poderia afetar a propriedade privada através de suas decisões.

Com a proclamação da República, caíram por terra as ideias de Bens da Coroa e teoria do domínio eminente, mas prevaleceu a concepção individualista expressa na Lei nº 3071 (BRASIL, 1916), como dito acima, e repetida, quase que de forma idêntica, na Lei nº 10406 (BRASIL, 2002), o Novo Código Civil.

A Constituição (BRASIL, 1988), contudo, já havia mudado este panorama com a positivação do princípio da função social da propriedade. Não há dúvida de que o princípio se aplica à propriedade privada. Mas, quando se fala na propriedade pública, em razão do texto constitucional não fazer menção expressa, surgem questionamentos.

A concepção de bem público como um patrimônio intocável, sagrado, sem utilização instrumental e protecionista, herdada da ideia de Bens da Coroa, deve ser eliminada, uma vez que é incompatível com a atual ordem constitucional. A concepção democrática da propriedade pública enxerga os bens públicos como um instrumento de promoção de direitos fundamentais e de satisfação dos interesses da sociedade, cumprindo, desta forma, sua função social.

Ao contrário da propriedade privada, na qual existe um conflito entre o interesse individual do proprietário e o interesse coletivo, na propriedade pública o aspecto social naturalmente prevalece, parecendo, de certa forma, redundante falar de função social do bem público. Como bem posicionou Jambrenghi (*apud* Di Pietro, 1989, p. 58), ao citar (1979) “a

propriedade pública *é* e não *tem* função social”. A função social *é*, portanto, inerente aos bens públicos.

O princípio da função social da propriedade pública cria um dever de atuação do Estado para garantir o bem-estar de todos e, ao mesmo tempo, cria para a sociedade um direito coletivo de exigir a observância da norma constitucional, que pode ser garantido mediante interposição de ação popular e ação civil pública, possibilitando a sanção jurídica pela inércia do Poder Público.

Passa-se a uma breve distinção das modalidades de bens públicos e análise de seus regimes jurídicos, para que se possa entender como este princípio incide sobre cada um deles.

Bens públicos são, de acordo com o art. 98 da Lei nº 10406 (BRASIL, 1946), aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Nota-se que esta definição excluiu os bens das pessoas jurídicas de direito privado. Um bem, ao ser considerado público, passa a gozar de proteção especial em razão de garantir fins de interesse coletivo, conferindo a eles inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade (esta última, questionada no presente estudo).

Dois argumentos são capazes de demonstrar que este critério formalista adotado pela Lei nº 10406 (BRASIL, 2002) *é* equivocado. Primeiramente, tal critério considera apenas o regime jurídico a que se submete o titular do bem, prestigiando os bens das pessoas jurídicas de direito público mesmo que não afetados a fins de interesse público e excluindo os bens das empresas estatais, não importando se estes estão atendendo a interesses econômicos. Parte-se do pressuposto que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público são, em sua integralidade, indispensáveis ao desenvolvimento da atividade estatal, o que não *é* verdade. Um exemplo dado por Fortini (2004, p. 2) *é* a geladeira da sala de um dirigente de autarquia, que não poderá, exceto pelo critério formal, ser considerada um bem público passível de proteção especial, já que não *é* indispensável à prestação de atividade pública.

Lado outro, os bens das empresas estatais que exploram atividade econômica e encontram-se, por isso, submetidas ao regime jurídico parcialmente privado não mereceriam esta proteção. Porém, se o Estado comparece na prestação desta atividade econômica em razão do interesse público, deveria, com base neste mesmo interesse, ter seus bens protegidos.

Portanto, a definição de um bem como público ou não deveria considerar a sua destinação do bem a fins de interesse público e sua indispensabilidade à realização da atividade estatal e não apenas a sua titularidade.

Assentada esta crítica, passa-se à classificação tripartite dos bens públicos efetuada pela Lei nº 10406 (BRASIL, 2002), que, no art. 99, divide-os em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Segundo esta classificação, que adota o critério da afetação, os bens de uso comum do povo são de utilização indistinta por todos e estão afetados à satisfação de necessidades da coletividade; os de uso especial são utilizados para cumprimento de finalidades específicas do Estado e estão afetados ao uso pela Administração; e os dominicais não estão sendo efetivamente utilizados, possuem fins econômicos, sem destinação pública definida.

Di Pietro (2006, p. 6) defende que, se um bem de uso comum do povo comporta mais de uma utilização, no caso, usos privativos por particulares, e esta não prejudica o uso pela coletividade, mas ao contrário, proporciona alguma utilidade para os cidadãos, deve sempre ser concedida. Seria o caso, por exemplo, do uso privado de via pública para realização de uma exposição de arte. Ao ampliar a utilização de um bem público, o Estado atende ao princípio da função social, garantindo a utilização da forma mais ampla possível, com fins a atender os anseios da sociedade. Isto ocasiona, inclusive, uma diminuição da discricionariedade da Administração na outorga de autorização, concessão e permissão de uso.

Já os bens dominicais, embora não tenham destinação pública definida, não devem ficar atrelados apenas a uma função patrimonial e financeira. O fato de serem bens públicos não os exime da incidência do princípio da função social da propriedade. Desta forma, incidem sobre eles as normas da Lei nº 10257 (BRASIL, 2001), as limitações impostas pelo Plano Diretor e, principalmente, as normas da usucapião, o que será aprofundado adiante.

A Lei nº 10406 (BRASIL, 2002), ainda, atribui aos bens públicos a características da inalienabilidade, expressa no art. 101, aplicável aos bens de uso comum do povo e de uso especial; a impenhorabilidade, que decorre da inalienabilidade; e a imprescritibilidade, através do art. 103, que prevê que “os bens públicos não estarão sujeitos a usucapião”. Esta última característica terá especial destaque neste trabalho, pois pretende-se demonstrar sua inconstitucionalidade.

### 3 A USUCAPIÃO E SUAS MODALIDADES

O instituto da usucapião é originário do Direito Romano e, etimologicamente, o termo significa “adquirir pelo tempo”. Pode ser conceituado como modo de aquisição originário da propriedade através da posse prolongada da coisa, mediante cumprimento de requisitos expressos em lei. Funda-se na consolidação da propriedade. Ao mesmo tempo, sanciona o proprietário desidioso, que será privado da coisa, e premia o possuidor que, durante certo lapso temporal imprimiu ao bem aparente destinação de proprietário.

Existem oito modalidades de usucapião previstas no ordenamento brasileiro, cada uma com requisitos peculiares, que serão brevemente tratados adiante. Interessante observar que o legislador brasileiro teve a preocupação de privilegiar aquele possuidor que deu função social ao bem, diminuindo o prazo da prescrição aquisitiva.

O art. 1238 da Lei nº 10406 (BRASIL, 2002) prevê a *usucapião extraordinária*, que não exige justo título nem boa-fé, para aquele estiver na posse mansa e pacífica do imóvel por quinze anos, no caso do *caput*, ou por dez anos (parágrafo único), se o possuidor houver estabelecido moradia habitual no imóvel ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo, isto é, se deu função social ao bem.

A *usucapião ordinária* está prevista no art. 1242 da mesma lei e estabelece que aquele que possuir incontestadamente o imóvel por dez anos e apresentar justo título somado à boa-fé adquirirá o bem por usucapião. O prazo é reduzido para cinco anos se o possuidor houver adquirido onerosamente o justo título e este foi cancelado no mínimo cinco anos após o registro, além de ter conferido função social ao bem.

A Constituição (BRASIL, 1988) prevê duas *modalidades especiais de usucapião*, a *urbana*, disposta em seu art. 183, e a *rural*, em seu art. 191. Estas modalidades também estão previstas, respectivamente, nos arts. 1240 e 1241 da Lei nº 10406 (BRASIL, 2002). Ambas possuem o prazo de 5 anos e a característica de exigirem intensa função social. Têm, ainda, como requisito básico comum a necessidade de pessoalidade na posse do imóvel, objetivando prestigiar aquele que deu ocupação pessoal à coisa, não sendo permitida, portanto, a acessão da posse. Além disso, o possuidor não pode ter outro imóvel e este direito não ser adquirido mais de uma vez. Na modalidade *urbana*, o imóvel pode medir até duzentos e cinquenta metros quadrados e

deve servir de moradia ao possuidor ou sua família. A *usucapião especial rural* exige área não superior a cinquenta hectares, que deve ser produtiva pelo trabalho do possuidor ou sua família (posse trabalho).

A *usucapião coletiva* está prevista no art. 10 da Lei 10.257 (BRASIL, 2001) e tem por finalidade defender interesses metaindividuais da população de baixa renda, dando acesso a um patrimônio mínimo e moradia a pessoas que habitam as favelas do país. A área deve ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados e o prazo é de cinco anos.

Porém, o instituto da *usucapião coletiva* encontrou um problema de efetividade em razão da maioria das favelas brasileiras terem se consolidado sobre terrenos públicos. Para compensar, foi editada a Medida Provisória nº. 2220 (BRASIL, 2001), que foi republicada sob o nº. 2172-32/2001, criando a *concessão de uso especial para fins de moradia*, que possui os mesmos requisitos da usucapião especial urbana (em sua modalidade individual) ou da usucapião coletiva (em sua modalidade coletiva). Esta medida não confere direito de propriedade ao possuidor, o bem continua sendo público, mas confere a possibilidade de registro da posse, garantindo que o possuidor e sua família permaneçam no imóvel e sendo este direito transferível aos herdeiros. A posse deixa de ser precária, passando a ser um direito real e a garantia não se perde com o tempo, apenas se restar comprovado desvio de finalidade (uso do imóvel para fins que não a moradia ou adquirir outro imóvel). Mas a Medida Provisória estabeleceu que a concessão de uso especial para fins de moradia somente seria aplicável se o prazo exigido foi alcançado durante sua vigência, ou seja, até 2001, com o intuito apenas de regularizar situações anteriores. Isto vai de encontro com o princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso. A Constituição (BRASIL, 1988), em seu art. 6º, elenca a moradia como um direito fundamental social e não é compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito que determinado direito social tenha data de validade, pois isto configura um retrocesso.

Vistas todas estas modalidades de usucapião, a doutrina majoritária assevera que nenhuma delas, em hipótese alguma, poderá ser aplicada a um bem público. Tal doutrina fundamenta seu posicionamento nas vedações contidas no parágrafo terceiro do art. 183, no parágrafo único do art. 191 da Constituição (BRASIL, 1988) e no art. 102 da Lei nº 10406 (BRASIL, 2002). Mas os professores Farias e Rosenvald lideram uma posição minoritária, que também afirmam ser apoiada por Tartuce e Simão (apud FARIAS E ROSENVALD, 2009, p. 279) à qual também se filia no presente trabalho. De acordo com este entendimento,

Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) 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, posto dotados de alguma função social. (FARIAS E ROSENVOLD, 2009, p. 279)

Detecta-se, ademais, que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos podem ser divididos em *materialmente e formalmente públicos*. Estes seriam registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade pública. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, posto dotados de alguma função social (FARIAS E ROSENVOLD, 2009, p. 279).

Sendo assim, os *bens materialmente públicos*, por estarem cumprindo a sua função social, continuariam impossibilitados de aquisição via usucapião, mas se os bens formalmente públicos e abandonados estarão sujeitos à prescrição aquisitiva diante do preenchimento dos requisitos legais. De fato, não seria razoável que o Estado não estivesse sujeito à perda da sua propriedade caso seja desidioso, principalmente porque ele, mais do que qualquer particular, deve se preocupar em conferir função social aos seus bens.

Os bens públicos são considerados impassíveis de usucapião pela doutrina majoritária em virtude da proteção especial a eles conferida, justificada pela proteção do interesse público e em última instância pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Tal princípio pode ser considerado como uma espécie de dogma do Direito Administrativo, aceito sem maiores reflexões. O próximo capítulo, porém, destina-se a questioná-lo.

#### **4 A IMPROPRIEDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO**

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é tratado tradicionalmente pela doutrina, juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público, como um princípio jurídico basilar do Direito Administrativo. Por não estar previsto constitucionalmente, é considerado princípio implícito, que deve permear toda a atividade administrativa. Dele decorre que, quando da colisão de um interesse particular com um interesse público, o segundo sempre deverá prevalecer, uma vez que o bem comum é a finalidade única do Estado.

A aceitação de tal suposto princípio como um postulado que fundamenta a atuação administrativa tem diversas consequências jurídicas, entre elas a proteção especial conferida aos bens públicos que lhes atribui a inalienabilidade, impenhorabilidade e, especialmente no caso do presente estudo, a imprescritibilidade. Porém, diante de uma análise mais profunda este suposto princípio cai por terra.

Segundo Ávila (2001), este suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado consiste, na verdade (da mesma forma que o pretense princípio da indisponibilidade do interesse público), em uma “regra abstrata de preferência no caso de colisão” e não em um princípio jurídico (norma-princípio) propriamente dito, uma vez que na noção de supremacia não se contempla a existência abstrata de diversos graus de aplicação nem de aptidão para a ponderação. De fato, segundo o suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o interesse público deverá sempre prevalecer sobre o privado quando com ele colidir, ou seja, o interesse público possui uma prioridade abstrata e independente dos interesses privados colidentes.

Falta-lhe, ainda, outro requisito à configuração de um princípio, qual seja, o “fundamento jurídico de validade”. Uma análise sistemática da Constituição (BRASIL, 1988) demonstra que ela tutela os direitos individuais, tais como a liberdade, cidadania, e propriedade privada e que possui como lastro a dignidade da pessoa humana para a instituição de normas-princípios fundamentais. Em contrapartida, quando se trata da atividade administrativa, define como regra a legalidade e é minuciosa ao descrever a competência estatal. Isto permite concluir que, em razão da Constituição (BRASIL, 1988) atribuir caráter fundamental aos direitos individuais e ser extremamente cuidadosa ao definir os limites de atuação estatal, para conter abusos por parte da Administração, o princípio da supremacia do interesse público sobre o

privado não encontra nela fundamento jurídico de validade, uma vez que não pode dela ser deduzido; logo, não pode ser considerado princípio jurídico.

Além disso, a análise da Constituição (BRASIL, 1988) revela ser impossível separar o interesse público do interesse privado, uma vez que eles não estão em contradição, mas pelo contrário, estão intimamente relacionados. Foi como Häberle (1970, p. 526 *apud* Ávila, 2001, p. 13) explicou: “Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição”. Se não há um conflito ou contradição (mas apenas uma tensão), não há porque haver prevalência, já que se trata de uma relação em aberto entre o interesse público e o interesse privado, devendo este conflito ser resolvido através da ponderação de tais interesses.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma norma-princípio que trate da supremacia do interesse público sobre o privado, de forma que não pode a Administração Pública justificar atos, direcionar interpretação de leis ou exigir/proibir ações de particulares com base neste princípio. O que existe, na realidade, é um “postulado da unidade da reciprocidade de interesses”, que deriva da relação de tensão reconhecida entre o interesse público e o privado, que não é preexistente, contínua ou obrigatória. Os interesses – público e particular – são complementares e inseparáveis; havendo um eventual conflito, deverá ser feita a ponderação considerando as variáveis do caso concreto, as normas constitucionais protetoras dos direitos privados e o bem comum, representado pela união de interesses públicos múltiplos, como protagonista entre os fins do Estado. Inexiste, pois, uma prevalência apriorística do interesse público como um dogma inabalável e inquestionável do Direito Administrativo.

Assim, a concepção absoluta acerca da imprescritibilidade dos bens públicos resta abalada, pois seu fundamento principal, a proteção conferida aos bens públicos fundada na supremacia do interesse público sobre o particular, revela-se incompatível com o atual regime jurídico constitucional. Abre-se, pois, espaço para a discussão sobre a possibilidade da usucapião de um bem público.

## **5 CONFLITOS NORMATIVOS E TÉCNICA LEGISLATIVA**

Alexy (2002) classifica as normas jurídicas como regras e princípios, considerando, para tanto, a forma de aplicação de cada uma delas. As regras só podem ser aplicadas ou não. Se uma regra é válida, seu conteúdo deverá ser cumprido em sua integralidade, através da subsunção. Já os princípios são mandados de otimização e possuem graus diferentes de aplicabilidade. De acordo com o caso concreto a as suas possibilidades fáticas e jurídicas, deverá ser realizada uma ponderação, aplicando o princípio na máxima medida possível. O renomado jurista defende que o sistema jurídico ideal deve ser formado tanto por regras quanto por princípios e não puramente por um ou outro, e, apesar de promover esta diferenciação entre as classes de normas jurídicas, afirma que elas estão intimamente relacionadas.

Como as regras e os princípios convivem em um mesmo sistema jurídico, não raro podem colidir. Tais colisões podem acontecer em um mesmo nível hierárquico ou em níveis hierárquicos diferentes. Existem diversas formas de conflito, mas, no caso deste estudo, interessa especificamente dois tipos deles: o conflito no mesmo nível hierárquico entre um princípio e uma regra constitucional e o conflito em nível hierárquico diferente entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional.

O conflito existente entre o princípio constitucional da função social da propriedade e a regra constitucional que veda a usucapião de bens públicos veiculada tanto no §3º do art. 183 quanto no parágrafo único do art. 191 da Constituição (BRASIL, 1988) deve ser solucionado, segundo a teoria de Alexy (2002), com a prevalência da regra sobre o princípio. Isso se dá em razão da pretensão de definitividade que a regra possui. Ela, ao ser criada, já apresenta uma solução entre princípios colidentes, representando uma decisão de prioridade entre eles. Portanto, o constituinte, ao criar a regra que veda a usucapião especial urbana e rural de bens públicos, já realizou a ponderação entre o princípio da função social da propriedade e a proteção especial conferida aos bens da Administração Pública, em razão do interesse público e concluiu que, nestas hipóteses, o interesse público deverá prevalecer. Portanto, não se faz possível a usucapião de bens públicos através destas duas modalidades.

O segundo conflito que interessa a este estudo é aquele existente entre o princípio constitucional da função social da propriedade e a regra infraconstitucional do art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), que veda a usucapião de bem público. Neste caso, a regra infraconstitucional deve ser considerada inválida, pois o princípio é de hierarquia superior ela. O legislador deve respeitar os ditames constitucionais ao elaborar regras, respeitando a harmonia do

sistema normativo. No caso, o art. 102 Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002) estabeleceu uma vedação geral à usucapião de bem público desconsiderando o princípio da função social da propriedade que vincula também a propriedade pública. Portanto, nos casos em que o dito princípio for aplicável, a regra do art. 102 da Lei nº 10406 (BRASIL, 2002) será considerada inválida, não podendo ser aplicada.

Portanto, há que se admitir que está vedada constitucionalmente a usucapião especial urbana e rural, conforme §3º do art. 183 e parágrafo único do 191 da Constituição (BRASIL, 1988), dos bens públicos, em razão da proibição expressa. Porém, ressalte-se que a vedação está expressa **nos parágrafos** dos artigos aludidos. Isso significa que tal vedação se aplica apenas às modalidades de usucapião expressa no *caput* destes artigos em que estão localizados os parágrafos proibitivos, quais sejam, a *usucapião especial urbana* e a *usucapião especial rural*. De fato, a técnica legislativa designa funções diferenciadas ao artigo e ao parágrafo. Como bem lecionou Mendes (2007), “artigo é a unidade básica para apresentação, divisão ou agrupamento de assuntos num texto normativo”, ao passo que “parágrafo sempre foi, numa lei, disposição secundária de um artigo, em que se explica ou modifica disposição a principal”.

Portanto, se o constituinte quisesse vedar a usucapião de bem público sob toda e qualquer modalidade, teria feito-o através de disposição em um artigo e não nos parágrafos de artigos que versam modalidades específicas de usucapião. Corrobora esta ilação o fato de ter havido a repetição do preceito proibitivo em parágrafos referentes a cada artigo que trata de cada modalidade específica de usucapião especial.

Por outro lado, o art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), tinha por finalidade vedar a aquisição de bem público sob qualquer modalidade de usucapião, uma vez que dispôs tal vedação em um artigo específico. Mas como se sustentou acima, ao colidir com o princípio constitucional da função social da propriedade, a regra do art. 102 é considerada inválida, sendo impossível aplicá-la. Portanto, diante da invalidade da regra do art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002) e da ausência de vedação constitucional **é plenamente possível a usucapião extraordinária, ordinária e coletiva de bens públicos.**

A doutrina majoritária afirma não ser possível a usucapião de qualquer bem público com base na vedação expressa no § 3º do art. 183 da Constituição (BRASIL, 1988), no parágrafo único do art. 191 da Constituição (BRASIL, 1988) e art. 102 da Lei 10.406 (BRASIL, 2002). Tal vedação é justificada pela proteção especial conferida aos bens públicos, embasada, em última instância na supremacia do interesse público sobre o privado. Sem maiores reflexões ou questionamentos, tal vedação vem sendo aceita, e o que o presente estudo pretende demonstrar é que a absoluta proibição de usucapião de um bem público não está de acordo com a ordem constitucional vigente, conforme apresentado nos argumentos abaixo.

Atualmente, a propriedade está inserida num contexto democrático, estando este direito vinculado ao atendimento da função social, que foi elevada, na Constituição (BRASIL, 1988), ao *status* de direito fundamental. Se o proprietário particular deixar de atribuir função social a seu bem, estará sujeito a diversas penalidades, como as previstas na Lei nº 10.257 (BRASIL, 2001). Além disso, a inércia do proprietário pode, se houver alguém na posse do bem abandonado, acarretar a sua perda/aquisição por uma das modalidades de usucapião.

A propriedade pública tem, num Estado Democrático, função social inerente, pois se o bem é público, sua utilização deve ser totalmente voltada ao atendimento dos interesses sociais. Portanto, se um bem público não está atendendo à sua função social, ele, mais do que o privado, deve sofrer as penalidades decorrentes.

Mas, em razão das vedações expressas no art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), no § 3º do art. 183 e no parágrafo único do art. 191 da Constituição (BRASIL, 1988), a doutrina majoritária afirma não ser possível a usucapião de bens públicos. Tal vedação é embasada na proteção especial dada aos bens da Administração Pública que, por serem indispensáveis aos fins de interesse público, recebem tal cuidado. Porém, se o bem público está abandonado, não está voltado àqueles fins de interesse social que justificariam a proteção conferida pelo regime jurídico publicístico. Portanto, não deve permanecer a proteção se o motivo que a embasa não é atendido. Em última instância, tal vedação justifica-se, ainda, na supremacia do interesse público sobre o privado. Este argumento, como visto, não é válido em razão da inaplicabilidade do referido princípio, incompatível com a ordem constitucional vigente. Assim, perde força o argumento da imprescritibilidade dos bens públicos.

Além disso, consiste em interesse público a satisfação dos direitos fundamentais. No caso da usucapião, o particular que alcançou os requisitos exigidos estará ocupando o bem público com fins de moradia ou exploração para o trabalho ou subsistência, que configuram espécies de direitos fundamentais. Portanto, a usucapião do bem público estará implementando direitos fundamentais e, assim, satisfazendo o interesse público.

Vale destacar que as vedações constitucionais à usucapião de bem público encontram-se situadas nos parágrafos dos artigos 183 e 191, e, por isso, aplicam-se apenas às modalidades de prescrição aquisitiva previstas nos seus respectivos *caputs*. Portanto, estão vedadas pela Constituição (BRASIL, 1988) a usucapião especial rural e urbana de bens públicos. As demais modalidades não foram vedadas por ela, o que, diante do princípio da função social da propriedade pública, torna inválido o art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), veiculador da vedação geral à usucapião de bens públicos.

Este entendimento considera os ditames do neoconstitucionalismo, que coloca a Constituição no cume deôntico do ordenamento jurídico e através, de sua força normativa, conforma todas as demais regras do sistema, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, como tais, inválidas, inaptas à produção de efeitos.

Desta forma, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), e conseqüentemente pela possibilidade de um bem público ser adquirido pelas demais modalidades de usucapião, entendimento este que se de acordo com os atuais ditames democráticos da Constituição (BRASIL, 1988) e obedece à ideia de interpretação sistemática do ordenamento jurídico trazida pelo neoconstitucionalismo.

## **7 CONCLUSÃO**

O atual caráter democrático que permeia o direito de propriedade, implicando a obrigatoriedade de atendimento da função social dos bens privados quanto, principal e indiscutivelmente, dos bens públicos, permite a conclusão, ao final desta pesquisa, de que é possível adquirir por prescrição aquisitiva um bem pertencente à Administração Pública, exceto nas modalidades de usucapião especial urbana e rural, que foram vedadas pelo constituinte.

A doutrina majoritária e os tribunais brasileiros, porém, ainda se posicionam contrários ao entendimento desenvolvido neste estudo, considerando que todos os bens públicos não são passíveis de serem adquiridos através da usucapião. Isto demonstra que o caráter individualista que impregnava a legislação anterior à Constituição (BRASIL, 1988), principalmente a Lei nº 3.071 (BRASIL, 1916), que teve forte influência sobre a Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), ainda está bastante arraigado na mentalidade da maioria dos doutrinadores e magistrados brasileiros.

É preciso conferir eficácia ao caráter democrático trazido pela Constituição de 1988 à propriedade pública e ao princípio da função social, que invalida a norma do art. 102 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), permitindo, ao final, que seja usucapido um bem público. De fato, os fundamentos da suposta proibição como o pretense princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não encontram guarida no atual sistema constitucional.

Portanto, em harmonia com as ideias constitucionais da proteção a moradia e do trabalho e da função social da propriedade pública, deve ser garantida a possibilidade àquele que reúne os requisitos da usucapião ordinária ou extraordinária, a propriedade do bem, mesmo que público. Desta forma, atinge-se a interpretação mais coerente da Constituição (BRASIL, 1988) e ainda garante-se sua normatividade, mantendo, por fim, a unidade lógica de todo o sistema jurídico.

## 8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 27/abr/2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Rafael de Agapito serrano (trad.). Editorial Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria e Interpretación de los Derechos Fundamentales**. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em 19/mar/2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4504, de 30 de novembro de 1964**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm)>. Acesso em 20/mar/2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em 20/mar/2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 20/mar/2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**. A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, págs. 152 a 180, jul/dez 2010. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>> Acesso em 03/05/2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito e decisão racional. Temas da teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público. **Cadernos FUNDAP**, São Paulo, Ano 9, n. 17, págs. 55-66, p. dezembro/1989. Disponível em <<http://www.fundap.sp.gov.br/publicacoes/cadernos/cad17/Fundap17/A%20GESTAO%20JURIDICA%20DO%20PATRIMONIO%20IMOBILIARIO%20DO%20PODER%20PUBLICO.pdf>>. Acesso em 17/out/2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, p. abril/maio/junho, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em 17/out/2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

FORTINI, Cristiana. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, n. 12, ano 5, abril/junho, 2004. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34656/funcao\\_social\\_bens\\_fortini.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34656/funcao_social_bens_fortini.pdf?sequence=1)> Acesso em: 17/out/2011.

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://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16403-16404-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17/out/2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais da Técnica Legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, número 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007GILMAR%20MENDES.pdf>>. Acesso em 13/mai/ 2012.

MARINHO, Arthur de Souza. Sentença de 29 de setembro de 1944, in **Revista de Direito Administrativo**, vol. I, p. 227 (229).

PINHEIRO, Hesio Fernandes. **Técnica Legislativa**. 1962. p. 100.