



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A concessão real de uso para fins de moradia e a
posse de bens públicos**

por

Juliana Molina Binhote

ORIENTADOR(A): Daniela Trejos Vargas

2008.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A concessão real de uso para fins de moradia e a posse de bens públicos

por

Juliana Molina Binhote

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Daniela Trejos Vargas

2008.1

Aos meus pais Daniel e
Cenira Binhote, por tudo e
por serem as pessoas mais
importantes da minha vida.

Ao meu irmão Daniel, por
sermos tão opostos e
semelhantes ao mesmo
tempo.

A minha avó Maria Molina,
in memoriam, por ter me dado
a oportunidade de ser sua
neta.

Temos que pensar sempre que
estamos aprimorando um
instrumental que vai ser
herdado por um mundo
melhor que o nosso.

(Paulo Leminski Filho)

Agradecimentos

Ao meu pai, Daniel Binhote, pelo amor incondicional, pelos exemplos, pela garra, pela perseverança, dedicação, paciência e por acreditar sempre em minha capacidade;

A minha mãe, Cenira Molina, também pelo amor incondicional, dedicação, paciência, pela amizade, carinho, pelos conselhos, brigas, risadas, bom humor e por acreditar também em mim quando eu mais duvidei e mais precisei;

Ao meu irmão Daniel, por me mostrar a beleza da música e momentos de confiança que só nós dois entenderemos;

Aos meus avós paternos, Sebastião e Maria de Lourdes, *in memoriam*, pelos ensinamentos dados ao meu pai, se a vida não os tivesse levados tão cedo, vocês próprios teriam repassado à minha pessoa;

Ao meu avô materno, Luiz Molina, *in memoriam*, por estar tão perto e tão distante por toda a minha vida;

A minha avó Maria Molina, *in memoriam*, por formar uma geração de mulheres tão unidas, por me tornar uma pessoa melhor, por quem, sem sombras de dúvidas, eu morreria apenas para voltar à vê-la;

A Raimunda Guedes Siqueira, por me aturar durante minha fase mais terrível e por ter se tornado uma pessoa queridíssima para a vida inteira;

As crianças Julia, Isabela e o meu afilhado Igor, o meu muito obrigada por vocês existirem, pelos carinhos, abraços e beijinhos;

A Daniela Vargas, minha orientadora, mestre, espelho de vida profissional, precursora de toda a minha incessante busca pelos direitos reais;

A Roberta Mauro, pela incrível ajuda, bem como as palavras de incentivo e ensinamentos durante este semestre;

Ao Carlos Raymundo Cardoso, pela maestria de suas aulas de direito penal, definitivamente foram seus trabalhos dados em sala que afluíram meu desejo para a carreira do magistério;

A Rosângela Cavallazzi, pela bondade e simpatia em me ajudar neste trabalho;

A Flávia Viveiros de Castro, Tânia da Silva Pereira, Marco Apolo Ramidan, Firly Nascimento Filho e Daniela Vargas, pelas oportunidades dos estágios e o imenso aprendizado proporcionado, meus sinceros agradecimentos;

A todos os professores que tive o prazer de aprender, não podendo deixar de mencionar Ana Lucia Tavares, Ana Luiza Nevares, Carlos Guilherme Lugones, Denise Pupo, Francisco Mauro Dias, Kátia Ciotola, Marcelo Calixto, Marcelo Ferro, Marcello Ciotola, Marcus Dantas, Regina Coeli Lisboa e Ronaldo Cramer, que, cada qual a seu jeito, contribuíram para aumentar meu fascínio pelo Direito;

A minha amiga Livia de Paula, pela cumplicidade de todos esses anos;

As amigas Carolina Teixeira, Débora Provenza, Larissa Amaral e Natalia Stephane, pela amizade sincera e por fazerem o último ano da faculdade o mais engraçado e prazeroso de todos;

Aos meus amigos e companheiros da Pontifícia Universidade Católica, por fazerem desses cinco anos, os melhores da minha vida;

Aos funcionários do Departamento de Direito da PUC-Rio e do Núcleo de Prática Jurídica, pela paciência e bom humor por todos esses anos;

A todos os membros da minha família paterna e materna;

A todos aqueles que contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional, mesmo que indiretamente ou não querendo, sem vocês, não teria chegado até aqui.

Resumo

Um dos temas introdutórios da cadeira de Direitos Reais diz respeito à interpretação do instituto da propriedade à luz do princípio constitucionalmente consagrado da observância da função social da propriedade. Os bens particulares podem ser adquiridos por usucapião, quando os ocupantes os utilizam para fins de moradia. No tocante aos bens públicos, existe uma vedação constitucional à aplicação do instituto da usucapião sobre tais bens. Entretanto, é previsto no ordenamento jurídico brasileiro a concessão real de uso para fins de moradia nos imóveis público, permitindo a posse de bens públicos principalmente pelas populações de baixa renda. Esta monografia pretende estudar a doutrina e a aplicação do instituto da concessão real de uso para fins habitacionais através do histórico do direito de propriedade nas Constituições brasileiras, o conceito da função social da propriedade, o conceito dos bens públicos, as teorias possessórias, o conceito adotado pelo atual Código Civil de 2002 e como as modificações da Lei 11.481 de 2007 afetarão a concessão real de uso para fins de moradia como forma de garantir um título de posse para as camadas de baixa renda, dando-lhes maior acesso aos créditos financeiros. Para tanto, será analisada a jurisprudência de alguns Tribunais de Justiça Estaduais e ao fim, as conclusões a respeito da aplicabilidade do instituto da concessão real de uso para fins de moradia.

Palavras chaves: concessão real de uso para fins de moradia; função social; propriedade pública.

Sumário

1. Introdução.....	09
2. A evolução do direito de propriedade.	11
3. A propriedade pública.....	24
3.1. Regime jurídico aplicável aos bens públicos.	26
3.2. Função social dos bens públicos.	28
4. Posse.....	30
4.1. A posse no direito romano.....	30
4.2. A posse no direito alemão – Gewere.....	33
4.3. A posse no direito canônico.....	34
4.4. Teorias Possessórias	
4.4.1. Teoria de Savigny.....	35
4.4.2. Teoria de Ihering.....	36
4.5. Outras Teorias	
4.5.1. Teoria de Saleilles.....	38
4.5.2. Teoria de Perozzi.....	40
4.6. Teoria Adotada pelo Código Civil de 2002.....	41
4.7. Natureza jurídica da posse.....	43
4.8. Função social da posse.....	44
5. Concessão real de uso para fins de moradia.....	47
5.1. A Concessão real de uso para fins de moradia e as modalidades de usucapião – distinções e semelhanças.	54
5.2. A concessão real de uso para fins de moradia nos Tribunais.....	59
6. Conclusão.....	65
7. Bibliografia.....	69

Lista de símbolos

AC	Apelação Cível
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador
DJ	Diário de Justiça
EC	Estatuto da Cidade
Ed.	Edição
MP	Medida Provisória
Pág.	Página
Resp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vol.	Volume

Introdução

Um dos temas introdutórios da cadeira de Direitos Reais diz respeito à interpretação do instituto da propriedade à luz do princípio constitucionalmente consagrado da observância da função social da propriedade.

Os bens particulares podem ser adquiridos por usucapião, quando os ocupantes os utilizam para fins de moradia. Existe, no entanto, uma vedação constitucional à aplicação do instituto da usucapião aos bens públicos, pressupondo que os imóveis públicos estão sempre atingindo sua função social em prol da coletividade.

Contudo, a partir da divulgação pela imprensa de diversas ocupações de prédios públicos abandonados, no Rio de Janeiro e em São Paulo, surgiu o questionamento sobre a validade desta presunção e sobre a situação possessória nos bens públicos.

O objetivo deste estudo é demonstrar a necessidade da aplicação do instituto da concessão real de uso para fins de moradia para os terrenos públicos invadidos pela população de baixa renda como forma de garantir o cumprimento da função social da propriedade e o direito à moradia.

Destaca-se que o instituto em debate, qual seja, da concessão real de uso para fins de moradia, é um tema de dois ramos do Direito, representados pelo Direito Administrativo, pois se refere aos bens públicos, e pelo Direito Civil, já que inserido no rol de direito reais do artigo 1.225 do Código Civil.

Cumprе salientar que tais ramos pertencem a esferas distintas do Direito, enquanto o Direito Administrativo é tido como Direito Público, o Direito Civil é ramo do Direito Privado. No entendimento clássico, Direito Público e Direito Privado eram tidos como campos totalmente separados, sem qualquer ingerência do Direito Público na esfera privada, prevalecendo nesta o princípio da autonomia privada. Contudo, com a evolução dos próprios institutos de

direito e o advento da doutrina civil-constitucional, atualmente os ramos do Direito Público e do Direito Privado encontram-se em perfeita simbiose.

De tal forma que para maior compreensão do tema e uma melhor chave de análise, o estudo foi primeiramente direcionado na doutrina civilista e administrativista sobre o conceito de bem público *lato sensu* e em suas três modalidades, quais sejam: bem de uso especial, bem de uso comum e bem dominical¹.

Não obstante, é necessário entendermos o histórico do direito de propriedade e como este, antes tido como absoluto e incondicional, passou a ser condicionado ao atendimento da função social da propriedade.

Ainda será importante conceituarmos as teorias possessórias e a escolha do legislador brasileiro pela Teoria Objetivista de Ihering para finalmente chegarmos à conceituação do instituto da concessão real de uso para fins de moradia e sua aplicabilidade na jurisprudência.

Como será possível depreender, o fenômeno possessório é de fundamental importância no ordenamento jurídico brasileiro e terá aplicação direta na concessão real de uso para fins habitacionais, que, a seu turno, é instrumento de regularização fundiária de incomensurável relevância, uma vez que representa a efetivação de um princípio que é um dos pilares de nosso Estado Democrático – a dignidade da pessoa humana – por meio da concretização de um direito fundamental que é o direito à moradia.

¹ Artigos 98 a 102 do Código Civil Brasileiro – Lei 10.406 de 10.01.2002.

A evolução do direito de propriedade

No direito romano clássico, temos conhecimento de quatro situações proprietárias: propriedade quiritária, propriedade bonitária, propriedade provincial e propriedade peregrina.

No tocante à propriedade quiritária, Caio Mário da Silva Pereira assevera que “somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada. E a técnica da aquisição – *mancipatio* –, um cerimonial tipicamente romano, restringia o fenômeno e limitava o domínio *ex iure quiritium*. Mais tarde estendeu-se o *ius commercii* aos estrangeiros, ampliou-se a suscetibilidade da aquisição ao solo itálico, e depois além deste.”²

José Carlos Moreira Alves leciona que essa pluralidade de propriedade não existe mais:

“Com efeito, a chamada *propriedade bonitária* é a situação análoga à propriedade reconhecida pelo *ius ciuile*, à qual o pretor, *iure honorário*, deu proteção (Gaio, Inst. I, 54, aludindo à propriedade quiritária e à situação análoga tutela pelo pretor, emprega a expressão *duplex dominium*. A denominada *propriedade provincial* decorre da circunstância de que, nas províncias, as terras constituíam o *ager publicus* (eram de propriedade do Estado), mas os particulares, em virtude de concessões que o Estado lhes fazia, exerciam sobre elas poderes semelhantes aos de um verdadeiro proprietário, tendo sua situação devidamente protegida pelas ações concedidas pelos magistrados provinciais. Finalmente, o que se denomina *propriedade peregrina* resultava da proteção que os magistrados romanos (pretor peregrino e governadores das províncias) davam à posse (que era uma verdadeira propriedade de fato) que os peregrinos sem o *ius commercii* – e que, portanto, não podiam ser proprietários *ex iure Quiritium* – tinham sobre as coisas; ou ao direito de propriedade que gozavam em suas cidades e de acordo com suas leis, na medida em que tinham sido reconhecidas pelos romanos.”³

San Tiago Dantas⁴ esclarece que na verdade não havia uma definição romana de propriedade. Apenas na Idade Média houve a definição deste instituto. Neste período, predominava o sistema feudal, em que havia um

² PEREIRA, Caio Mario da Silva, “*Instituições de Direito Civil*” Vol. IV, 18ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, pág.82.

³ ALVES, José Carlos Moreira, “*Direito Romano*” Vol.I, 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 282.

⁴ DANTAS, San Tiago, “*Programa de Direito Civil III*”, Editora Rios, pág. 103.

sistema de vassalagem e a concepção de propriedade divide-se em domínio direto e domínio útil, “o primeiro sintetizando a posição jurídica do possuidor da terra; o segundo, o conjunto de faculdades do senhor dominante”⁵.

Foi com a escola dos pós-glosadores que a concepção de propriedade como direito absoluto tomou forma, através da definição de Bártolo: “*dominium est ius de re corporalis per fecta disponendi nisi lex prohibeatur* (domínio é o direito de dispor de um modo completo das coisas corpóreas, salvo naquilo que for proibido pela lei)”⁶.

Os filósofos da escola do direito natural acrescentaram ao conceito de propriedade de Bártolo o termo *et facultas vindicandi*, que nada mais é que a faculdade de reivindicar o bem de quem injustamente o detenha.

Posteriormente, o conceito de propriedade passa a ser definido como “*dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus ius ratio patitur.*”

San Tiago Dantas qualifica este período como o do individualismo jurídico, época na qual “toda concepção filosófica dominante nos autores procura render o maior obséquio à onipotência da vontade individual e fazer do titular, do sujeito, algo que não encontra contraste para seu arbítrio, a não ser no próprio interesse, e o único limite para este *ius abutendi*, na concepção dos jurisconsultos individualistas da época, é a *ratio juris*, que se acrescenta à definição popular da propriedade como um verdadeiro limite à senhoria do titular”⁷.

O individualismo jurídico se fez presente nas codificações do Século XIX. O Código Civil Francês de 1804⁸ consagrou o conceito mais absoluto da

⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de, “*Curso de Direito Civil*”, v. 06, 06ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, pág. 288.

⁶ DANTAS, San Tiago, “*Programa de Direito Civil III*”, pág.108.

⁷ DANTAS, San Tiago, “*Programa de Direito Civil III*”, pág. 111.

⁸ Gustavo Tepedino, acerca da mentalidade presente no século XIX, assevera: “Áquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as

propriedade: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses, de la manière la plus absolue, pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*⁹, o que influenciou os demais estatutos jurídicos em diversos países, dentre os quais mencionamos Itália (1865), Holanda (1865), Portugal (1867) e Espanha (1889).

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição de 1824 se coaduna com a concepção absolutista do direito de propriedade, prevendo apenas a desapropriação por interesse público¹⁰, mediante prévia indenização¹¹.

Na legislação infraconstitucional do Império, o caráter absolutista do direito de propriedade também está presente. A Lei de Terras (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850), ao estabelecer o final do sistema de posses e definir que as terras do Império só poderiam ser adquiridas por compra e venda, consagrou a propriedade individual e propiciou a concentração fundiária nas mãos dos que tinham condições econômicas de comprar as terras que ocupavam.

A proclamação da República não trouxe modificações ao conceito de propriedade. A Constituição Federal de 1891 reiterou o direito de propriedade

riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil”, “*Premissas metodológicas para a Constitucionalização do direito civil*”, in *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 02.

⁹ Em tradução livre da autora: a propriedade é o direito de usar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.

¹⁰ José dos Santos Carvalho Filho define desapropriação como “o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização” (“*Manual de Direito Administrativo*”, 17ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 698). Atualmente, as hipóteses legais para a desapropriação com os fins mencionados pelo autor estão elencadas no Decreto-Lei n. 3.365/1941 (utilidade pública) e Lei n. 4.132 /1962 (interesse social).

¹¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

.....
XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

como absoluto, acrescentando apenas a desapropriação por necessidade pública em seu artigo 72, parágrafo 17º¹².

No Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), os direitos decorrentes da propriedade permaneciam com este caráter absoluto, com os poderes de usar, gozar e dispor da coisa¹³, sem qualquer menção a interesses sociais.

A visão absolutista da propriedade foi recepcionada e permaneceu durante muito tempo nos textos constitucionais e na legislação cível, não apenas brasileiros como de outros países.

No século XX, com o estabelecimento do Estado Social e a partir do exemplo da Constituição de Weimar, temas outrora considerados estritamente de caráter privado - como a organização da família, os limites da atividade econômica e a função social da propriedade - passam a ser incluídos nas mais diversas Constituições Mundiais, ¹⁴.

Com estas transformações, o direito de propriedade na legislação civilista passa a ter uma concepção mais moderna. Podemos destacar, como exemplos desta modernização, a teoria de Josserand, que uniu o conceito de propriedade com o a noção de abuso de direito, e a teoria de *propriedade-função social* de Leon Duguit, assim definida pelo autor:

“A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do individuo e tende a ser tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito inatingível e sagrado, mas um direito

¹² Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

¹³ Artigo 524 do Código Civil de 1916 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

¹⁴ Sobre o assunto, remete-se ao texto do professor Gustavo Tepedino, “*Premissas metodológicas para a Constitucionalização do direito civil*”, pág. 07.

em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”¹⁵

Na doutrina estrangeira contemporânea, não podemos deixar de mencionar Pietro Perlingieri, fundador da escola de direito civil-constitucional na Itália, para quem a propriedade pode ser vista através de dois pontos diversos, como uma situação subjetiva e como relação:

“No perfil estrutural, a relação de propriedade é a ligação entre a situação do proprietário e aqueles que entram em conflito com esta e constituem centros interesses antagônicos (...) O aspecto funcional é certamente prevalente na propriedade vista como relação, entre proprietário e terceiros, entre proprietários e vizinhos, entre proprietários e Estado, entre proprietário e entes públicos, existe relação – não de subordinação -, mas de cooperação”¹⁶.

Na doutrina pátria, a denominada Escola de Direito civil-constitucional, seguidora do pensamento de Pietro Perlingieri, defende a necessidade de despatrimonialização do direito civil. Para Gustavo Tepedino, a propriedade não pode e nem deve ser mais abstrata e estática e sim complexa e concreta:

“A propriedade, portanto, não seria mais aquela distribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extra-proprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (...) A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.”¹⁷

Na mesma trilha, Anderson Schreiber assevera que:

“O direito de propriedade é múltiplo, é plural, porque, dependendo do interesse tutelado pelo ordenamento, poderá atrair disciplinas normativas inteiramente diversas. As diferentes funções a serem exercidas pela propriedade, conforme as características de seu sujeito ou objeto, fazem incidir sobre ela regras particulares”¹⁸.

¹⁵ DUGUIT, Leon, “*Traité de Droit Constitutionnel*”, t.3, apud GONDINHO, André Osório, “*Função social da propriedade*” in Problema de direito constitucional, TEPEDINO, Gustavo (coordenador), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág. 402.

¹⁶ PERLINGIERI, “*Perfis do direito civil*”, tradução de Maria Cristina de Cicco, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 221.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo, “*Contornos Constitucionais da Propriedade*”, in Temas de Direito Civil, 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 280.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson, “*Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*” in Revista Trimestral de Direito Civil, vol.6, abr/jun 2001, pág. 164.

Diante das mais variadas situações proprietárias possíveis, não há que se falar em um estatuto proprietário e sim diversos estatutos. Nesta linha, destacamos a lição de Salvatore Pugliatti:

“Il nostro giro di orizzonte ci ha consentito di constatare che entro la cornice di quell’istituto (o complesso di istituti) che si indica col termine proprietà, si raccolgono situazioni assai differenti, sotto diversi punti di vista. Dal profilo soggettivo si è visto che la proprietà solitaria di tipo romanistico, alla quale si accompagnava il condominio del medesimo tipo, ha ceduto parte del suo territorio non solo alla comunione di tipo germanico, ma addirittura alla proprietà collettiva. Dal profilo oggettivo si è visto che la proprietà dei beni di maggiore importanza sociale: immobili e mobili registrati, suolo, terra coltivabile, ha segnato la progressiva e crescente invasione della sfera privatistica da parte di quella pubblicistica. Si è pure registrata la progressiva prevalenza del profilo dinamico su quello statico, nella disciplina della proprietà passando dai beni di consumo personale a quelli destinati alla produzione, e specialmente al suolo coltivabile. E si è avuto di codesti profili ci ha permesso di censire particolari situazioni alle quali si adattano formule particolari: proprietà funzionale, proprietà funzione, proprietà risolubile, proprietà formale, proprietà condizionata, proprietà fiduciaria, e così via dicendo. Si è persino riscontrata qualche ipotesi in cui la proprietà degrada a interesse legittimo. Tutte queste situazioni sono caratteristiche per sé, ma ancora più per la fisionomia che la loro presenza imprime al panorama generale della proprietà”¹⁹²⁰

No Brasil, a ruptura com o conceito absolutista de propriedade, do Estado liberal do século XIX, tem início a partir de 1930.

¹⁹ PUGLIATTI, Salvatore, *“La proprietà nel nuovo diritto”*, Milano : Guiffre, 1954, pág. 298.

²⁰ Em tradução livre da autora: “Nosso horizonte nos possibilitou constatar que no quadro daquele instituto (ou complexo de institutos) que se indica com o termo propriedade, juntam-se situações muito diferentes, sob diferentes óticas. Sob o aspecto subjetivo constatou-se que a propriedade individual do tipo romano, ligada ao condomínio do mesmo tipo, cedeu parte de seu campo não somente à comunhão de tipo germânico, mas também à propriedade coletiva. Sob o aspecto objetivo constatou-se que a propriedade dos bens de maior importância social: imóveis e móveis com registro, solo, terreno cultivável, marcou a progressiva e crescente invasão da esfera privada por parte daquela pública. Registrou-se, também, a predominância progressiva do perfil dinâmico sobre aquele estático, na disciplina da propriedade passando pelos bens de consumo pessoal àqueles que têm como finalidade a produção, e especialmente o solo cultivável. Destes perfis podemos distinguir situações peculiares às quais se adaptam formulas específicas: propriedade funcional, propriedade função, propriedade resolúvel, propriedade formal, propriedade condicionada, propriedade fiduciária, e assim por diante. Até foi detectada alguma hipótese em que a propriedade recai no interesse legítimo. Todas estas situações são características autônomas, mas ainda mais pela fisionomia que sua presença imprime no quadro geral da propriedade”.

Com a Constituição de 1934, em evidente influência da Constituição de Weimar, passamos a ter parâmetros relativos ao cumprimento e satisfação do interesse social no âmbito da propriedade, não podendo esta ter uma utilização contrária aos interesses sociais²¹. Em 1937, verifica-se um retrocesso, suprimindo-se do texto constitucional a parte referente ao exercício do direito de propriedade em consonância com o interesse social²².

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, parágrafo 16º²³, voltou a introduzir a noção do direito de propriedade vinculada a um interesse social e ainda dispôs sobre o direito de propriedade dentro do Capítulo referente à ordem social econômica e social do país²⁴, estando a propriedade condicionada ao bem-estar social.

Na legislação infraconstitucional, a vinculação da propriedade à sua função social aparece no Estatuto da Terra (Lei 4.504 de 30 de novembro de 1964), aprovado já em pleno regime militar, apesar da reforma agrária ter sido tema de constante discussão no Congresso Nacional e objeto de projetos de lei desde 1934. O artigo 2º do Estatuto da Terra assegurava:

²¹ Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

²² Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

²³ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

²⁴ Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

A Carta de 1967 trouxe para o texto constitucional o conceito de “função social da propriedade” do Estatuto da Terra, e foi mais além: incluiu a função social da propriedade como um princípio basilar da ordem econômica financeira, prevendo também procedimentos para a concretização para desapropriação para fins de reforma agrária²⁵.

²⁵ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
III - função social da propriedade;

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. ([Redação dada pelo Ato Institucional nº 9, de 1969](#))

§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º - O Presidente da República poderá delegar as atribuições para desapropriação de imóveis rurais, por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias. ([Substituído pelo Ato Institucional nº 9, de 1969](#))

Já a Constituição Federal de 1988, notadamente conhecida como a “Constituição Cidadã”, não somente preocupou-se com a questão agrária, mas também com a regularização das propriedades urbanas.

No tocante ao direito de propriedade, a Carta de 1988 condicionou este direito ao cumprimento da função social da propriedade em seu artigo 5º, inciso XXII e XXIII²⁶, não diferenciando a destinação do imóvel, sendo assim, aplicável no âmbito rural e urbano. Não obstante, o princípio da função social da propriedade também foi elencado como um dos ditames da ordem econômica, nos termos do artigo 170²⁷.

É importante destacar que o mandamento constitucional utiliza o termo “função social da propriedade” dentro do rol de garantias e direitos individuais.

Questionamos, no entanto, se tanto a propriedade privada quanto a pública deve atender ao requisito de cumprimento da sua função social, posto que apenas as propriedades privadas são suscetíveis de penalidades quando não atingem sua função social, conforme elenca o artigo 182 e seguintes.

§ 6º - Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

No tocante aos imóveis urbanos, a função social da propriedade deverá atender às exigências previstas no plano diretor de cada município. Em caso de subutilização ou não-edificação, aplica-se sucessivamente as seguintes penalidades: parcelamento ou edificação compulsória; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e ao fim, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública²⁸.

No que se refere aos imóveis rurais, a função social é atendida quando preenchidos simultaneamente os requisitos expressos nos incisos do artigo 186 da Constituição Federal, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores²⁹.

Sobre o tema da função social da propriedade privada e tais limitações sofridas pelo proprietário, cumpre destacar a opinião de Fábio Konder Comparato:

“Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder mais especificamente, o poder de dar ao objeto da

²⁸ Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 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 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.

propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”^{30 31}. (grifos do autor).

Não há qualquer menção ou sanção prevista aplicável à propriedade pública, pois existe uma presunção de que todos os bens públicos cumprem sua função social, já que integram o patrimônio da Administração Pública, que por sua vez está agindo em nome do interesse público e está adstrita a princípios constitucionais presentes no artigo 37, CF, dentre os quais destacamos o da legalidade estrita³², impessoalidade³³, moralidade³⁴, publicidade³⁵, razoabilidade³⁶ e proporcionalidade³⁷.

³⁰ COMPARATO, Fabio Konder, “*Função social da propriedade dos bens de produção*” in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXV, n. 63, jul-set 1986, pág.75.

³¹ Sobre o tema da função social da propriedade, cumpre também destacar a definição de Eros Roberto Grau, que enfatiza que o “princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade” (GRAU, Eros Roberto, “*A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*”, São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 245). O supracitado autor ainda distingue a propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social. Na mesma linha, encontramos a opinião de José de Oliveira Ascensão, “*Direito Civil Reais*”, 5ª Ed., Coimbra Editora, 2000, pág. 191 *et seq.*

³² Entende-se por este princípio que a Administração Pública está adstrita a realizar atos que estejam previstos em lei, opõe-se ao princípio da autonomia da vontade encontrado no Direito Privado, em que é facultado as partes a realizarem todo e qualquer ato que não seja defeso em lei. Neste sentido v. também: José dos Santos Carvalho Filho, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 16, Odete Medaur, “*Direito Administrativo Moderno*”, 11ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 121-122 e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “*Curso de Direito Administrativo*”, 14ª Ed., Rio de Janeiro : Forense, 2005, pág. 80.

³³ Em lição de José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da impessoalidade está ligado ao princípio da isonomia, em que o Estado deve se pautar com finalidades impessoais, sem qualquer vínculo especial para com um ou outro indivíduo (“*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 18). Em sentido diverso, o eminente constitucionalista José Afonso da Silva, entende por este princípio como “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário” (“*Curso de direito constitucional positivo*”, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 648).

³⁴ Este princípio é considerado por grande parte da doutrina como o princípio norteador de toda a Administração Pública, contudo, é de difícil definição. Mas nos socorremos mais uma vez da definição de José Afonso da Silva, que filiado a doutrina de Hauriou, entende que são o conjunto de regras que podem ser retiradas da disciplina interior da Administração (“*Curso de direito constitucional positivo*”, pág. 649). A noção de moralidade está ligada ao da probidade, ao “bom administrador” e a própria Constituição Federal indica em ser artigo 5º, inciso LXXIII, o mecanismo da ação popular para

De fato, quanto aos bens móveis não há qualquer dúvida de que cumprem sua função social, na medida em que estão ligados diretamente ao exercício da Administração Pública em sua função, além de possuírem procedimentos específicos para a efetiva compra dos mesmos³⁸.

Contudo, no que se refere aos bens imóveis há controvérsias, já que é fato notório e conhecido de todos que muitos imóveis públicos são abandonados e deixados ao relento e muitas vezes ocupados por populações de baixa renda que não possuem sequer uma moradia digna e decente.

anular ato lesivo à moralidade pública, além das penalidades impostas em outros artigos dos quais citamos: art.85, V e art.37, § 4º e na legislação infraconstitucional, a Lei n. 8.429/92.

³⁵ Por este princípio da publicidade, entende-se que todos os atos da administração pública devem ser divulgados, até como forma a possibilitar aos administrados conhecidos de como os agentes públicos estão agindo em suas funções. Deste princípio, desdobram-se o direito de petição contido no art.5º, inciso XXXIV e as certidões do art.5º, inciso XXXIV, “b”, CF. Por todos, v. José dos Santos Carvalho Filho, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 21.

³⁶ Diversos autores do Direito Administrativo conjugam o conceito do princípio da razoabilidade com o da proporcionalidade, tendo em vista a necessidade de ponderação entre o meio e o fim escolhido pela Administração Pública. Tal escolha não deve ser pautada por critérios pessoais do administrador e sim de acordo com o padrão comum da sociedade em que vive, sempre é claro diante do fato concreto. “Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “*Direito Administrativo*”, 18ª Edição, 2005, pág. 81). Destacamos ainda a concepção de Humberto Ávila, que elenca três acepções a respeito da razoabilidade: “primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, Humberto, “*Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*”, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 102-103).

³⁷ Humberto Ávila esclarece que “O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que já uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)” (ÁVILA, Humberto, “*Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*”, pág. 112-113).

³⁸ Sobre compras v. artigos 14 e seguintes da Lei n. 8.666/93.

Para que seja possível uma maior análise da aplicabilidade ou não da função social aos bens públicos, faz-se necessário conceituarmos as modalidades existentes de tais bens, tal como depreendido no próximo capítulo.

A propriedade pública

O domínio público abrange tanto o domínio eminente quanto o domínio patrimonial e nada mais que é o conjunto de bens móveis e imóveis pertencentes a Administração Pública.

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, domínio eminente é o “poder político que permite ao Estado, de forma geral, submeter à sua vontade todos os bens situados em seu território”³⁹. Já o domínio patrimonial é formado pelo conjunto de bens adquiridos e utilizados pelo Estado como proprietário.

Desta forma, podemos classificar os bens públicos quanto à sua titularidade, podendo ser da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como quanto a sua destinação (uso especial, uso comum e uso dominical).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a titularidade dos bens públicos encontra-se disposta nos artigos 20 e seguintes.

Já quanto a sua destinação, o Código Civil de 2002 dispõe artigo 99 que os bens públicos imóveis são divididos em: bens públicos de uso comum, de uso especial e dominical.

Para que um bem público seja determinado como uma das três possibilidades elencadas acima, é preciso que ocorra uma afetação, isto é, “fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração”⁴⁰.

Há também a possibilidade de um bem público afetado para determinado fim seja revertido para outro, através da desafetação⁴¹.

É possível uma afetação ou desafetação prática, sem que ocorra a formalidade do ato administrativo que delimita a destinação a um bem

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 963.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 974.

⁴¹ Sobre este tema v. CARVALHO FILHO, José dos Santos, “*Manual de Direito Administrativo*”, págs.973-976; MEDAUR, Odete, “*Direito Administrativo Moderno*”, pág.241 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “*Curso de Direito Administrativo*”, 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1993, pág.392.

específico. Por exemplo, se um imóvel está destinado a um uso especial, seja qual ele for e por uma fatalidade há a ocorrência de um incêndio avassalador, automaticamente há a perda de finalidade precípua deste bem, passando de bem de uso especial para uso dominical⁴².

Para Hely Lopes Meirelles, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, o bem de uso comum pode ser classificado como “todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição”⁴³.

Já para Maria Sylvia di Pietro, bem de uso comum é “aquele que por determinação legal ou por sua própria natureza, pode ser utilizado por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração”⁴⁴.

O próprio Código Civil elenca como exemplos de bens públicos de uso comum os rios, mares, estradas, ruas e praças.

Os bens públicos de uso especial são definidos por José dos Santos Carvalho Filho como “aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral”⁴⁵. Podemos citar como exemplo de tais bens os prédios utilizados pelos entes estatais e suas autarquias.

De acordo com o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, os bens dominicais são “os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal”⁴⁶.

⁴² CARVALHO FILHO, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 974.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pág. 505.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia, “*Direito Administrativo*”, p. 583.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág.970.

⁴⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, “*Curso de Direito Administrativo*”, p. 520.

Regime jurídico dos bens públicos

Os bens públicos possuem um regime jurídico diverso dos bens privados e possuem como características a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade.

Pela leitura do artigo 100 do Código Civil, podemos depreender a inalienabilidade dos bens públicos, uma vez que por este artigo, “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”. Hely Lopes Meirelles assevera que: “os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica”⁴⁷. Desta forma, os bens públicos dominicais, conforme dispõe o artigo subsequente, podem ser alienados, desde que observados as exigências da lei, qual seja, os artigos 17 a 19 da Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993.

A imprescritibilidade decorre dos mandamentos constitucionais previstos no artigo 183, § 3º e artigo 191, § único da Constituição Federal, não sendo possível usucapir os imóveis públicos.

É importante ressaltar que embora o ordenamento jurídico brasileiro vede a possibilidade de usucapir bens públicos desde o Código Civil de 1916, objeto inclusive, da Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal⁴⁸, já foi permitido a usucapião de terras devolutas⁴⁹ de acordo com a Lei n. 6.969 de 10

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, pág. 517.

⁴⁸ “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

⁴⁹ De acordo com o artigo 5º do Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, são terras devolutas: Art.5º - São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

- a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais;
- b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados;
- c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites;
- d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada;

de dezembro de 1981, em seu artigo 2º⁵⁰. No entanto, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, de acordo com os artigos supracitados, o dispositivo perdeu eficácia quanto aos imóveis públicos, sendo somente possível usucapião de terras particulares.

Na legislação infraconstitucional, o artigo 102 do Código Civil de 2002 expressamente veda a usucapião de bens públicos.

A impenhorabilidade⁵² dos bens públicos encontra fundamento legal no artigo 100 da Constituição Federal. Na hipótese de execução contra a Fazenda Pública, não há como perquirir em juízo as mesmas formas de execução contra

e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a 20 (vinte) anos;

f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título de boa-fé;

g) por força de sentença declaratória nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937.

Parágrafo único. A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitas por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei.

⁵⁰ Art. 2º - A usucapião especial, a que se refere esta Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao posseiro, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas.

⁵¹ USUCAPIAO. ILHA FLUVIAL. TERRA DEVOLUTA. TITULACAO ANTERIOR AO CODIGO CIVIL E LEGISLACAO SOBRE REGISTRO DE IMOVEIS. É cabível a ação de usucapião quando inexistem registros imobiliários ou títulos aptos, a luz da atual legislação especial, a caracterizar a propriedade, como forma de regularização do domínio. Partilha extraída de inventário datado de 1899 e título comprobatório de domínio, a luz do ordenamento jurídico então vigente, quando não existia previsão para registro de propriedade adquirida por transmissão 'causa mortis' ou ato judicial. e ônus do estado provar o domínio de terras que alega devolutas, em especial quando a parte autora demonstra, mediante documentos públicos, que seus antepassados foram reconhecidos pelo poder judiciário como titulares da área. Áreas já privatizadas quando da edição de normas constitucionais e legais que passaram a definir as ilhas fluviais como integrantes do patrimônio público não se vêem afetadas ou expropriadas pela simples disposição do texto, sendo, pois, passíveis de usucapião. Verba honorária reduzida. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº. 598437630, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 23/02/1999).

⁵² PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. NULIDADE DA EXECUÇÃO. BEM DO DISTRITO FEDERAL.

1. A execução de valores auferidos em processo desapropriatório de imóvel do Distrito Federal promovida pela Terracap à conta do Distrito Federal deve ocorrer por via de precatório judicial.

2. É nula a execução e, conseqüentemente, a arrematação incidente sobre bem do Distrito Federal, não só pela proteção da impenhorabilidade que o resguarda, mas, também, pelo não-chamamento da referida pessoa jurídica de direito público à lide.

3. Em embargos à arrematação pode ser decretada a nulidade da execução. Inteligência do art. 746 do CPC.

4. Recursos especiais não-providos. (STJ – 1ª Turma – Resp 488.380/ DF – Rel. Min. José Delgado - DJ 16.11.2006) (grifos nossos).

os bens do devedor solvente, tal como assevera o artigo 647 do Código de Processo Civil, tal como: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto de bem móvel ou imóvel. Para execução contra a Fazenda Pública, há o procedimento específico dos artigos 730 e 731 do diploma legal supracitado, já que os bens públicos são indisponíveis, não podem sofrer constrição judicial (penhora).

Há autores como José dos Santos Carvalho Filho e Odete Medauar⁵³ que integram a não onerosidade como uma característica do regime jurídico peculiar aos bens públicos, uma vez que inexistem direitos reais limitados⁵⁴ sobre bens públicos, já que os bens públicos são inalienáveis e, pelo artigo 1420 do Código Civil, 2ª parte, “somente os bens que podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca”.

Função social dos bens públicos

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIII, elenca o cumprimento da função social da propriedade. Como tal comando constitucional está inserido no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, muitos autores não aludem a possibilidade desse cumprimento no tocante aos bens públicos, uma vez que estes estão imbuídos com função social por serem públicos, já que a Administração Pública sujeita-se aos princípios da legalidade e supremacia do interesse público.

Tanto que destacamos a opinião de José dos Santos Carvalho Filho, que elenca duas razões para o não reconhecimento de uma função social da propriedade pública, assim assevera: “a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas,

⁵³ José dos Santos Carvalho Filho, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 977 e Odete Medaur, “*Direito Administrativo Moderno*”, pág. 243.

⁵⁴ São direitos reais limitados todos aqueles em que um ou mais poderes inerentes à propriedade, seja ele o uso, gozo ou disposição, encontram-se com pessoas distintas. Pelo artigo 1225 do Código Civil de 2002, são direitos reais limitados: a superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador, penhor, hipoteca, anticrese.

porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatada em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados”⁵⁵.

Na mesma linha, Eros Roberto Grau assevera que “a alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ela ser dinamizada no exercício de uma função pública”⁵⁶.

Concordamos com as doudas opiniões referidas quando referentes a imóveis de uso comum e uso especial, contudo, com a devida máxima *venia*, é fato notório e conhecido de todos que muitos imóveis públicos são abandonados e deixados ao relento e muitas vezes ocupados por populações de baixa renda que não possuem uma moradia digna e decente.

Por conseguinte, diante de tais fatos e vedação expressa na legislação constitucional e infraconstitucional de usucapião de tais bens, indaga-se qual instituto (s) cabível (eis) de forma a sanar tais problemas e conforme demonstraremos no capítulo seguinte, se os imóveis públicos são suscetíveis de posse e se caberá a concessão real de uso para fins de moradia regularizar tais situações e assegurar a dignidade e a vida das pessoas envolvidas.

⁵⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 977.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto, “*A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*”, pág.232.

Posse

A posse no direito romano

Nos dias atuais, através dos estudos dos textos clássicos, podemos perceber que o direito romano não conheceu de fato uma concepção unitária da posse⁵⁷. No entanto, reconhece-se que houve uma evolução neste instituto durante os períodos pré-clássico, imperial clássico e romano-helênica ou justinianéia.

No período pré-clássico, destacamos a Bozza, que citado por José Carlos Moreira Alves, salienta que nesta época a posse era um instituto do *ius honorarium* (direito pretoriano), tida como uma senhoria de fato sobre a coisa com relação à qual o concedente tem a senhoria de direito, sem que aquela jamais poderia se transformar nesta e possuía caráter revogável, sem limite de tempo e era exercida com a intenção de ter a coisa para si, sendo cabível a proteção dos interditos (deixando cristalino a existência do *animus possidendi* para a caracterização da posse, contudo, a análise desse animus só veio a ser demonstrada pelos últimos juristas clássicos)⁵⁸.

Posteriormente, a *possessio* passou a gerar usucapião, quando o pretor passou a conceder a proteção dos interditos para aqueles que adquiriram *res Mancipi* mediante simples *traditio* (tradição). Ao mesmo tempo, foi introduzido o interdito *uti possidetis* e *unde vi*, da *exceptio uitiosae possessionis* (exceção da posse viciada), transformando por completo a noção de posse, que por seu turno, perdeu suas características primárias. Agora, a

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 7. O mesmo autor ainda salienta a existência de um debate sobre a concepção unitária da posse (defendido por Lauria), ou se o *usus* e a *possessio* eram institutos diversos que vieram se fundir, tal como defende Kasser. É importante destacar que foi obra de Cuj a diferenciação entre *usus* e *possessio*, aquele era o fato de alguém se servir de uma coisa conforme à sua destinação, enquanto que esta não implicava necessariamente no uso da coisa. Assim, durante muito tempo, o *usus* foi destinado a coisas móveis e imóveis e à herança. (pág. 15).

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 10.

posse funda-se em dois elementos, um objetivo (*possessio corpore*) e subjetivo (*animus possidendi*), sendo capaz de gerar usucapião. Desta forma, ao se admitir a posse violenta e clandestina, a posse não mais se distingue da detenção pela sua causa (*causa possessionis*) e sim de acordo com o *animus possidendi*⁵⁹.

Assim, passar a ser tão claro a distinção entre posse e propriedade que destacamos as seguintes passagens citadas por Moreira Alves⁶⁰: “separata esse debet possessio a proprietate” (“a posse deve ser separada da propriedade”; “nihil commune habet proprietate cum possessione” (“nada tem em comum a propriedade com a posse”) e “nec possessio et proprietate misceri debent” (“posse e propriedade não devem confundir-se”).

No período seguinte, romano clássico, de acordo com a tese de Riccobono, citado por José Carlos Moreira Alves, a *possessio* era classificada em *possessio naturalis*, *possessio civilis* e *possessio ad interdicta* (ou somente *possessio*).

A *possessio naturalis* configurava a detenção, com a caracterização do elemento material da posse e não era tutelada nem pelo *ius honorarium* nem pelo *ius civile*, não produzindo qualquer consequência jurídica, bastando apenas a relação física e consciente com a coisa⁶¹.

A *possessio ad interdicta* é uma relação de fato configurada pelo elemento objetivo (detenção) e subjetivo (*animus possidendi*, isto é, a vontade de ter a coisa de modo livre e exclusiva). Era passível de utilização dos interditos pelo *ius honorarium* mas não produzia nenhum efeito no *ius civile*⁶².

Por sua vez, a *possessio civilis* é entendida pela conjugação de três elementos, sendo dois elementos idênticos para a configuração da *possessio ad*

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág.18-19.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 24.

⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 30. O autor ressalta a necessidade desta vontade consciente, uma vez que não bastaria a mera justaposição com a coisa. Assim, o louco e o incapaz só poderiam possuir mediante autorização do representante, já não teriam a *affectio tenendi*.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág.25-26.

interdicta, quais sejam, *corpus* e *animus possidendi*, aliados ao elemento jurídico capaz de gerar a aquisição do domínio (usucapião), bem como a percepção de frutos e a utilização da *actio publiciana*⁶³.

Durante o período romano pós-clássico, conforme salienta Levy, citado por Moreira Alves, a distinção entre posse e propriedade é obscurecida, voltando a ressurgir no período justianeu, em virtude principalmente do desaparecimento do *ius civile* e *ius honorarium*, bem com o fim da distinção entre interditos e ações. Desta forma, tripartição da *possessio* do período anterior se reduz a dicotomia entre *possessio civilis* e *possessio naturalis*⁶⁴.

Nesta fase, há também uma transformação quanto ao elemento subjetivo da *possessio civilis*, no período clássico, tal elemento denominava-se *animus possidendi* e passa agora a ser *animus domini*, isto é, o ânimo de dono. Ressalta-se, que neste período, a *possessio civilis* era na verdade a *possessio animo domini* e boa fé, sendo inclusive, denominada *opinio domini*, ou seja, a crença de ser dono.⁶⁵

No direito clássico, a *possessio* somente era admitida para coisas corpóreas, tal como adverte Paulo, citado por José Carlos Moreira Alves, “possideri autem possunt, quae sunt corporali” (‘podem possuir-se as coisas que são corpóreas’) e “nec possideri intellegitur ius incorporale” (“não se considera possa ser possuído um direito incorpóreo”)⁶⁶. A esta figura da *possessio rei* (posse sobre coisa corpórea) se contrapõe a *possessio iuris*, cujo nascimento se deu no período justianeu.

Nesse diapasão, a posse é definida como “exercício de fato de qualquer direito duradouro, sendo o gênero de que resultam as espécies *possessio rei*

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 26.

⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág.33-34. Destaca-se a existência de duas teorias acerca da junção entre *possessio civilis* e *possessio ad interdicta*. Sobre o tema v. José Moreira Alves, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 34.

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 34-35.

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 36.

(posse de direito de propriedade) e *possessio iuris* (posse de outro direito, que não a propriedade)”⁶⁷.

A posse no direito alemão - Gewere

José Carlos Moreira Alves, ao comentar a posse no direito germânico assevera que a Gewere é o instituto no direito alemão correspondente à *possessio* do direito romano. Contudo, a correspondência não importa em total semelhança do instituto. De fato, para a doutrina mais moderna de Gewere capitaneada por Huber⁶⁸, para a configuração da Gewere, faz-se necessário dois elementos já visto pela *possessio*, sejam eles: *corpus* e *animus*.

Para a caracterização do elemento *corpus*, isto é, a senhoria de fato sobre a coisa distingue-se quanto a natureza jurídica do bem. Para os bens móveis, o *corpus* se traduz pela detenção da coisa. Já quanto aos imóveis, há senhoria de fato apenas quando existir utilização econômica do bem. Tal destinação não necessariamente implica em uma disposição direta e física do bem, podendo se manifestar através de terceiro que venha auferir seus frutos naturais e civis⁶⁹.

Não obstante, não basta a configuração do elemento *corpus*, bem como se faz necessário que a afirmação desta senhoria de fato corresponda a um direito real sobre a coisa.

Neste diapasão, a conjugação dos dois elementos citados na Gewere importa na “presunção da existência do direito real que ela exterioriza”⁷⁰ e por tal razão é a mesma protegida pela ordem jurídica (difere, portanto, da

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 38.

⁶⁸ José Carlos Moreira Alves salienta a existência de 03 correntes acerca do tema, uma defendida por Albrecht, a segunda por Laband e Heusler e a sustentada por Gierke e Huber. Sobre o tema v. o autor, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 80.

⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 86.

⁷⁰ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 87.

possessio, em que o fundamento para tal proteção encontra respaldo na senhoria de fato).

A posse no direito canônico

A influência do direito canônico nas teorias possessórias se materializou pela necessidade de resolução de questões práticas da época do que com a teoria retirada do *Corpus Iuris Civilis* tal como fizeram os glosadores.

Das contribuições feitas, podemos destacar a extensão da *possessio iuris* para os direitos em geral. José Carlos Moreira Alves ao comentar tal tema, assevera que:

“extravassando o âmbito estreito dos direitos reais sobre coisa alheia (*iura in re aliena*), para alcançar, além dos relativos ao estado das pessoas e dos das obrigações, direitos desconhecidos pelos romanos, assim os ônus reais germânicos e os que, de caráter público ou privado, se ligavam intimamente à posse e gozo do solo, como os direitos episcopais”⁷¹. Desta forma, a posse passa a ser vista como um exercício de um direito.

Não obstante, o direito canônico inovou com relação a proteção possessória, principalmente com a *exceptio spoli* e *condictio ex canone redintegranda* (mais tarde denominada de *actio spoli*)⁷².

Bruns, citado por José Carlos Moreira Alves, sustenta que a *exceptio spoli* estava ligada a uma *actio* de natureza possessória, mas não era independente, visto que estava condicionada à acusação criminal e a própria alegação da exceção. Primeiramente, apenas pelo bispo que fora despojado de seu bispado e acusado criminalmente. Para que fosse possível o seguimento

⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 111.

⁷² ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 117. O autor destaca que existem teorias que atribuem um caráter complementar destas ações aos interditos possessórios (defendida por Savigny). Contudo, a teoria majoritária, capitaneada por Bruns, Maasen, Ruffini e outros, entende exatamente o oposto, que não são meras complementações aos interditos romanos.

do feito criminal, o bispo seria reintegrado no bispado e em seu patrimônio. Posteriormente, esta exceção foi estendida aos processos cíveis⁷³.

Teorias possessórias

Teoria de Savigny

Primeiramente, faz-se necessário recapitularmos que a posse é tratada como uma situação jurídica com relevância jurídica, ao passo que a detenção não produz qualquer efeito jurídico. Já a propriedade é considerada um direito real com todos os mecanismos para sua defesa, tal como depreendemos do capítulo sobre a propriedade.

A posse e sua natureza jurídica encontram respaldo no direito romano e são debatidas no século XIX por dois autores de notoriedade, quais sejam: Friedrich Carl von Savigny e Rudolph von Ihering, que, com base nos escritos romanos, formularam teorias diametralmente opostas.

Para Savigny, defensor da Teoria Subjetiva da Posse, para a configuração da posse é preciso a conjugação de dois elementos denominados de *corpus* e *animus domini*, sem os quais não haveria posse e sim detenção.

Por *corpus* entende-se o elemento objetivo, o poder físico sobre o bem. Tal elemento é encontrado também na detenção. Por *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, configurando o elemento subjetivo da posse, entende-se ser o mesmo a intenção de ser dono, de possuir como se dono fosse.

Desta forma, Savigny delimitou demasiadamente as situações consideradas posse, retirando ao locatário, comodatário, depositário a qualificação de possuidores, já que por esta teoria, estariam cientes que não são possuidores uma vez que sabem que não são donos, estão exercendo o *corpus*, mas não com a intenção de dono devido ao contrato pré-estabelecido. Assim, apenas ao proprietário e inclusive ao ladrão o respaldo da posse.

⁷³ ALVES, José Carlos Moreira, “*Posse. I: evolução histórica*”, pág. 118. Entretanto, destacamos que a concepção de Bruns não é majoritária, encontrando inclusive, em sentido oposto a teoria de Ruffini. Sobre o tema, v. José Carlos Moreira Alves, “*Posse. I: evolução histórica*”, págs. 119-121.

Savigny, de forma a solucionar tal impasse, qual seja, de não reconhecer a posse para o locatário, comodatário e outros, recorreu à teoria da posse derivada, isto é, a transferência do *ius possessionis*⁷⁴ pelo proprietário, isto é, “o *dominus* ao transferir a coisa a um terceiro em consequência do vínculo jurídico que ele exerce, faz também a transferência do *ius possessionis*, isto é, daquele efeito inerente à posse, que constituiu, indiscutivelmente, uma das utilidades do seu direito e do qual, portanto, pode dispor de maneira definitiva ou temporária”⁷⁵.

Teoria de Ihering

Para Rudolf von Ihering, precursor da Teoria Objetiva da Posse, a posse é a exteriorização da propriedade e sua proteção se justifica na garantia da paz social.

Para este autor, basta o elemento objetivo *corpus* para a configuração da posse. São premissas distintas: para Savigny, a princípio, só será posse se configurado o *animus domini*; já para Ihering, tudo será a posse, a não ser que ocorra uma situação legal que retire a possibilidade de posse, configurando assim, uma detenção.

Para Ihering, a posse está ligada a um conceito de utilização econômica do bem. Para este autor, “a posse sem um proveito possível seria a coisa mais inútil do mundo. Seu valor consiste unicamente na função indicada: *é um meio para alcançar um fim*”⁷⁶.

⁷⁴ Serpa Lopes salienta que o “*ius possessionis* é uma relação jurídica inerente à posse, pura e simplesmente; o *ius possidendi* consiste no direito do proprietário de recuperar a posse, quando se torne isto exigível, pela razão de ser o *ius possidendi* um dos elementos constitutivos do domínio” SERPA LOPES, Miguel Maria de, “*Curso de direito civil*”, pág. 153.

⁷⁵ DANTAS, San Tiago, “*Programa de directo Civil III*”, pág. 35. É importante destacar que Savigny elaborou a teoria derivada da posse para configurar as situações possessórias do precarista, do sequestrário (depositário da coisa litigiosa) e do credor pignoratício.

⁷⁶ IHERING, Rudolf von, “*Teoria simplificada da posse*” tradução de Fernando Bragança, Belo Horizonte: Líder, 2004, pág. 09.

De acordo com Ihering, a posse deve ser compreendida em 02 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 em uma situação transitória e momentânea, que se adquire a propriedade. Citamos o exemplo da aquisição da propriedade a título de herança ou legado. Com a morte do *de cujus*, através do *droit de saisine*, os bens são transferidos para os herdeiros legítimos e testamentários⁷⁷. Há a transferência da propriedade, contudo, se um terceiro está impedindo a sua entrada no bem, não será possível perquirir em juízo as ações possessórias pois o proprietário-esbulhado nunca teve posse, será necessário o ingresso de uma ação de imissão na posse.

No segundo ponto, a posse como fundamento de um direito é entendida como o direito a proteção interdital, o uso do *ius possessionis*.

Para Ihering, “a proteção possessória aparece como um *complemento indispensável* da propriedade”⁷⁸. De forma pontual, Ihering salienta que:

- “1. a posse constitui a condição de *fato* da utilização econômica da propriedade;
2. assim, o direito de possuir é um *elemento indispensável* da propriedade;
3. a posse é a guarda avançada da propriedade;
4. 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;
5. nega-se, por conseguinte, onde quer que seja, que a propriedade seja juridicamente excluída “⁷⁹ (grifos do autor)

Para Ihering, as teorias que explicam a proteção possessória podem ser classificadas tal como no Direito Penal, através de teorias relativas e absolutas.

Para os adeptos das teorias relativas, a proteção possessória encontra alicerce em “considerações, instituições e preceitos jurídicos estranhos a ela”⁸⁰, não sendo concebível a posse por si mesma. Podemos citar como exemplo

⁷⁷ Artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro.

⁷⁸ IHERING, Rudolf von, “*Teoria simplificada da posse*”, pág.24.

⁷⁹ IHERING, Rudolf von, “*Teoria simplificada da posse*”, pág. 28.

⁸⁰ IHERING, Rudolf von, “*O fundamento dos interditos possessórios*”, tradução de Adherbal de Carvalho, 2ª Ed., São Paulo, 1908, pág. 10;

as teorias de Savigny e Rudorff, em que posse tem fundamento na interdição da violência e a de Thibaut, com base no princípio de direito de que “ninguém pode vencer a juridicamente a outrem, se não tem motivos preponderantes que funde a sua prerrogativa” ou ainda a Teoria de Gans, em que a posse é protegida como uma propriedade que começa⁸¹. Para essa teoria o fundamento para a proteção possessória está na pessoa do possuidor.

Pelo contrário, as teorias absolutas concebem a posse si mesma, dentre as quais destacamos a Teoria da vontade de Gans⁸², Puchta e Bruns, citados por Ihering, em que a posse é a vontade em sua real encarnação⁸³, além da própria teoria elaborada por Ihering⁸⁴.

Para Ihering, “a proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário”⁸⁵.

Outras teorias

Teoria de Saleilles

Este autor difere das teorias anteriores, principalmente da Teoria elaborada por Ihering, que considera a posse como exteriorização da

⁸¹ IHERING, Rudolf von, “*O fundamento dos interditos possessórios*”, pág.12-13.

⁸² Esta teoria é a de maior repercussão. Ihering, ao comentar tal teoria, salienta que Gans considera a “detenção da coisa um ato de vontade, pode achar-se de harmonia com a *vontade universal*, isto é, com a lei e, neste caso, é a *propriedade*; ou pode fundar-se somente na *vontade particular*, mesmo neste caso, é a posse a razão de proteção da *vontade*, mesmo nesta última aplicação é que a vontade em *si mesma* é um elemento substancial que demanda proteção; a vontade particular da pessoa, quando se aplica as coisas, é um direito e como tal deve ser considerado” (grifos do autor) (IHERING, Rudolf von, “*O fundamento dos interditos possessórios*”, pág. 47).

⁸³ IHERING, Rudolf von, “*O fundamento dos interditos possessórios*”, pág. 13.

⁸⁴ Como o debate sobre as teorias relativas e absolutas não é o foco principal deste trabalho. Sobre o detalhamento do assunto, v. Rudolf von Ihering, “*O fundamento dos interditos possessórios*”.

⁸⁵ IHERING, Rudolf von, “*O fundamento dos interditos possessórios*”, pág. 71.

propriedade, uma vez que sustenta ser a posse a exteriorização da utilização econômica. De tal forma que sua Teoria é denominada de “Teoria da Apropriação Econômica”.

Destacamos as palavras do autor:

“A teoria por mim proposta parte da independência da posse relativamente à propriedade, primeiro do ponto de vista histórico e depois atingindo a independência doutrinal. A posse não surgiu para servir de baluarte à propriedade. É anterior a ela e, uma vez constituída a mesma propriedade, serviu-lhe sem dúvida para ampliar suas bases, enfim, para consolidá-la onde aquela existia e parecia legítima. Todavia, por vezes atenuou o seu rigor, quando a teoria do *dominium* resultou demasiado estreita e rigorosa”⁸⁶.

Bárbara Araújo lembra que para este autor o “*corpus* seria caracterizado como exteriorização da utilidade econômica da coisa, enquanto o *animus*, a intenção de desempenhar a essa apropriação econômica da coisa”. A mesma autora aponta que os elementos necessários para a configuração da posse por Saleilles são: “o título jurídico pelo qual se possui (fato conhecido por si próprio ou pelos atos do possuidor, mas não indispensável); vontade, também não necessária, pois Saleilles admite a posse dos absolutamente incapazes, o poder de fato físico ou não sobre a coisa (também será possível a mera possibilidade de exercício deste poder) e, finalmente, a utilização econômica do bem, também dispensável nos casos de posse sem exploração da coisa”⁸⁷.

Desta forma, para a teoria de Saleilles, o critério diferenciador de posse e detenção não é definido pelo legislador não como formulado por Ihering e sim com base nos fatos sociais em concreto. Este autor, citado por José Carlos Moreira Alves, sustenta que sua teoria “é mais plástica e flexível porque não depende da lei, mas da doutrina”⁸⁸.

⁸⁶ La posesión: elementos que la constituyen y su sistema en el código del Imperio Alemán, pp.329 *apud* ARAUJO, Bárbara, “A proteção funcional da posse dos bens públicos”. Rio de Janeiro, 2004, Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pág. 96.

⁸⁷ ARAUJO, Bárbara, “A proteção funcional da posse dos bens públicos”, pág. 97-98.

⁸⁸ ALVES, José Carlos Moreira, “Posse. I: evolução histórica”, pág. 237.

Teoria de Perozzi

Para este autor italiano, citado por Bárbara Araújo, a posse é na verdade um fenômeno social, com base no costume e forma parte da moralidade social⁸⁹.

Desta forma, somente a propriedade caracterizaria uma situação jurídica, sendo a posse uma “propriedade social”, que, de acordo com José Carlos Moreira Alves, seria:

“estado de liberdade de ação quanto à coisa e que vige graças às forças sociais; difere, não só por ser um fato enquanto a propriedade é um direito, mas também porque esta se constitui de uma liberdade jurídica de ação que existe por causa da abstenção, quanto à coisa, imposta pelo Estado, ao passo que aquela é constituída por uma liberdade, de fato, da ação cuja existência decorre do costume social de abstenção com referência a coisas aparentemente não livres”⁹⁰.

O próprio autor Perozzi reconhece que sua teoria se contrapõe e se distancia das teorias elaboradas por Savigny (denominada de Teoria Subjetiva da Posse e tida como uma teoria física, uma vez que a posse seria a disposição física do possuidor sobre a coisa, como a de se encontrar nela, ou tê-la consigo ou próximo de si) e de Ihering (precursor da Teoria Objetiva, em que a posse é entendida como a exteriorização do domínio) ao esclarecer o seguinte exemplo: um homem que caminha por uma rua com um chapéu na cabeça. Para Savigny, haveria posse, na medida em que o homem dispõe do chapéu como quiser, podendo defendê-lo e retomá-lo de quem injustamente lhe retirar. Já para Ihering, também há posse, uma vez que esta é exteriorização do domínio. De acordo com Perozzi, há posse, pois aparentemente somente quem pode dispor de tal chapéu é o homem e todos, de livre espontânea vontade, se abstêm de retirá-lo⁹¹.

⁸⁹ ARAUJO, Bárbara, “A proteção funcional da posse dos bens públicos”, pág. 98.

⁹⁰ ALVES, José Carlos Moreira, “Posse. I: evolução histórica”, pág. 241.

⁹¹ ALVES, José Carlos Moreira, “Posse. I: evolução histórica”, pág. 241-242.

Teoria adotada pelo Código Civil de 2002

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.196 se filiou a teoria objetivista de Ihering ao elencar que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”⁹².

Desta forma, a posse é tratada pelo ordenamento jurídico pátrio como um fato com relevância jurídica, produzindo diversos efeitos, dentre os quais podemos elencar a proteção interdital, o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas, direito de retenção, possibilidade de usucapir o bem, direito à percepção dos frutos e direito à indenização pelos danos causados pela turbação ou esbulho.

O direito à proteção interdital é reconhecida para as posses *ad interdicta*, isto é, “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”⁹³. Desta forma, a proteção possessória em juízo se dá por intermédio da ação de interdito proibitório em caso de justo receio de ser molestado na posse⁹⁴, pela ação de manutenção de posse, no caso de turbação⁹⁵ ou pela ação de reintegração de posse na hipótese de esbulho⁹⁶.

Ressalta-se que é assegurado a auto tutela da posse ao possuidor pelo artigo 1.210 do Código Civil, contudo, desde que o faça logo. Caso contrário, a proteção da posse será por intermédio de ação judicial.

⁹² Art. 1.196 do Código Civil.

⁹³ Art. 1.210 do Código Civil.

⁹⁴ As disposições gerais para as três ações estão elencadas nos artigos 920 a 925. Quanto ao interdito proibitório, seu fundamento legal está no artigo 932 do Código de Processo Civil.

⁹⁵ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, tal ação é cabível quando o “possuidor, sofrendo embaraço no exercício de sua condição, mas sem perdê-la, postula ao juiz que lhe expeça mandado de manutenção, provando a existência da posse, e a moléstia”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, “*Instituições de Direito Civil*”, pág. 65. Destaca-se que se a posse for nova, com lapso temporal inferior a ano e dia, o procedimento para a manutenção ou reintegração de posse será especial, com possibilidade do juiz deferir liminarmente o mandado, tal como assevera o artigo 928 do Código de Processo Civil.

⁹⁶ Entende-se por esbulho, a privação total da posse por intermédio de vício de violência, precariedade ou clandestinidade (art. 1.200 do Código Civil).

O possuidor é classificado de acordo com sua boa ou má fé, isto é, se o mesmo sabia da existência de vício ou obstáculo sobre sua posse. Será tido como possuidor de boa fé aquele que ignora o vício e de má fé, aquele que tem consciência da mácula de sua posse.

O legislador tratou de forma diferenciada tais possuidores. Ao possuidor de boa fé é garantido o direito aos frutos enquanto a posse perdurar⁹⁷. Todavia, em relação aos frutos pendentes, estes devem ser restituídos a partir do momento que cessar a boa fé, sendo é claro, deduzidos os valores das despesas da produção e custeio, com fundamento no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. O mesmo ocorre com os frutos colhidos por antecipação.

Ainda referente ao possuidor de boa fé, este terá direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis⁹⁸, bem como levantar as voluptuárias, se estas não forem indenizadas, podendo, inclusive, exercer o direito de retenção sobre estas. Ressalta-se que a indenização será pelo valor atual e que o possuidor de boa fé não responde pela perda ou deteriorização da coisa, salvo se lhe der causa⁹⁹.

Já no tocante ao possuidor de má fé, este terá que restituir todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos os que deixou por culpa sua, de perceber. Contudo, terá direito às despesas de produção e custeio a fim de evitar o enriquecimento ilícito. Não obstante, o possuidor de má fé responde pela perda, ou deteriorização da coisa, somente tendo direito à indenização das benfeitorias necessárias, não lhe assistindo o direito de retenção sobre as mesmas. Esta indenização poderá ser por seu valor atual ou o de seu custo, à escolha do reivindicante¹⁰⁰.

⁹⁷ Art. 1.214, *caput* e parágrafo único do Código Civil.

⁹⁸ As benfeitorias são classificadas em necessárias, úteis e voluptuárias de acordo com o artigo 96 do Código Civil.

⁹⁹ Artigos 1.217, 1.219 e 1.222 do Código Civil.

¹⁰⁰ Arts. 1.216, 1.218, 1.220 e 1.222 do Código Civil.

A possibilidade de usucapir o bem possuído é reconhecida à posse *ad usucapionem*, isto é, quando o bem é passível de apropriação. Desta forma, tal como já mencionado anteriormente, não estão incluídos os bens públicos.

Natureza jurídica da posse

Para o precursor da Teoria Subjetiva, a natureza jurídica da posse é dupla, é tanto um fato por si mesmo quanto um direito já que é protegida pelo ordenamento jurídico através da usucapião e os interditos possessórios. Sua proteção justifica-se na proteção à pessoa do possuidor.

Já para Ihering, como a posse é a exteriorização do domínio e produz efeitos separados deste, não poderia deixar de ser tratada como um direito¹⁰¹, já que sua violação é passível de proteção pelo ordenamento jurídico através dos interditos possessórios.

Em nossa doutrina pátria, destacamos a opinião de Clóvis Beviláqua sobre a natureza jurídica da posse:

“Exercício de fato de um poder é o exercício que não se funda em um direito. A posse, considerada em si mesmo, funda-se em um mero fato e se apresenta como estado de fato; mas uma vez firmada, nela a ordem jurídica, em atenção à paz social e à personalidade humana, respeita o que ela aparente ser, reconhece o *jus possessionis*, o direito de posse, que os interditos defendem. Eis a explicação desta forma especial do direito. É um interesse, que a lei protege; portanto é um direito. Não direi que seja um direito real, porque, na sistemática do direito civil pátrio, não há outros direitos reais, além dos declarados no art.674 do Código Civil; mas, segundo acima se disse, um direito especial – a *manifestação de um direito real*, seja a propriedade ou um de seus desmembramentos. A posse é estado de fato. Se a lei a protege, é visando a propriedade de que ela é manifestação. Assume, assim, o fato a posição de direito, não, propriamente, a categoria; situação anômala, imposta pela necessidade de manter a paz na vida econômico-jurídica, e que se reflete na particularidade das ações possessórias”¹⁰²

Desta forma, vemos uma clara distinção dos defensores da natureza jurídica da posse, seja ela um direito, um fato ou ambos. Nesta trilha, Caio

¹⁰¹ IHERING, Rudolf Von, “*Teoria Simplificada da Posse*”, pág.37-39.

¹⁰² BEVILÁQUA, Clóvis, “*Direito das Coisas*”, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pág.42-43.

Mário da Silva Pereira salienta que existem três correntes quando a natureza jurídica da posse: a primeira entende a posse como um fato e é defendida por Cujacius, Donnellus, Voet, Windscheid, De Filipis, Trabucchi; a segunda propõe a posse ser um direito e possui como adeptos Accursius, Bartolo, Ihering, Molitor, Cogliolo, Teixeira de Freitas, Edmundo Lins; a terceira sustenta a posse ser um fato e um direito e é capitaneada por Savigny, Merlin, Namur, Domat, Ribas e Lafayette¹⁰³.

Função social da posse

É importante destacar a tese de Antonio Hernandez Gil sobre a função social da posse, que muito influenciou nossa doutrina pátria. Para este autor, a função social da posse tem um fim em si mesmo:

“La función social como *fin* no consiste en un mero mostrar el contenido social de las instituciones jurídicas. Mientras la función social como presupuesto es el estar ahí de los fenómenos sociales, la función social como fin entraña una consideración del para qué de las instituciones jurídicas. El presupuesto social es predominantemente intrasocial. La consideración teleológica de la función social es un grado más avanzado de reflexión que se enuncia a través de un juicio de valor. En tanto la función como dato integra los dominios de la ontología y la sociología, la función como fin incluye una actitud axiológica. Vistas ambas funciones desde el plano de lo jurídico, se observa el siguiente elemento común: la tal referencia del derecho a la realidad social. Total referencia no quiere decir, sin embargo, radical adscripción o subordinación. Si es cierto, en cambio, que el derecho está al servicio de la realidad social; pero también modificando, en su caso, una realidad social dada”¹⁰⁴.

Na mesma linha, destacamos a opinião de Luiz Edson Fachin, que assevera que:

“a função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, “*Instituições de Direito Civil*”, pág. 25.

¹⁰⁴ GIL, Antonio Hernandez, “*La función social de la posesión*”, Madri: Alianza Editorial, 1969, pág.48-62 *apud* MELLO, Marco Aurélio Bezerra de, “*Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*”, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pág.62-63.

é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade. (...) A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: *é uma concessão à necessidade*”¹⁰⁵.

Desta forma, podemos depreender que nosso ordenamento jurídico confere uma situação cada vez de maior destaque à função social da posse, como, dentre outros, vemos no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil, bem como no artigo 1.238, parágrafo único do mesmo diploma legal.

É com base na função social da posse que podemos dizer que se funda o direito à concessão real de uso para fins de moradia, uma vez que, por vedação expressa na Constituição Federal em seus artigos 183, §3º e 191, § único, os bens públicos não são passíveis de usucapião.

Nesse diapasão, recorreremos mais uma vez ao magistério de Luiz Edson Fachin:

“No direito positivo vigente, a usucapião é instituto ímpar para revelar a importância da posse como autônoma geradora de direito a partir de um fato. Na usucapião, a posse se transforma em direito. A dignificação do fenômeno possessório requer ainda mais. (...) Nesse prisma, restou demonstrado que a usucapião *concretiza* a função social da posse à medida que penaliza o proprietário que não cumpre a função social da sua propriedade. Embora não constitua nenhuma alteração substancial, o princípio da função social representa um avanço em prol do alargamento das instituições”¹⁰⁶.

Nas próprias razões para o veto dos artigos 15 a 20 que regulavam a concessão real de uso para fins de moradia no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) reconhece-se a relevância da posse: "O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson, “*A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*”, Porto Alegre: Fabris, 1988, pág. 19-21.

¹⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson, “*A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*”, pág.95.

¹⁰⁷ Razões ao veto. Mensagem n. 730, de 10 de julho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv730-01.htm. Último acesso: 28.05.2008.

Desta forma, com base nas teorias possessórias estudadas neste capítulo e na opção do legislador pela Teoria Objetivista de Ihering, podemos concluir que não há qualquer impedimento legal para desconfigurar a posse de bens públicos em detenção, já que, para o precursor da teoria aludida, tudo será considerado posse, salvo a existência de um impedimento legal que configure uma situação de detenção.

Concessão real de uso para fins de moradia

O instituto da concessão real de uso para fins de moradia adveio pela primeira vez com a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade. Esta lei teve e tem como objetivo precípua estabelecer diretrizes gerais da política urbana, ordenando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana através dos institutos e mecanismos ali inseridos e dispostos em seu artigo 2º.

Destaca-se que a concessão real de uso para fins de moradia não se confunde com a concessão real de uso prevista no Decreto-Lei n. 271, de 28/2/1967. De acordo com o artigo 7º deste Decreto-Lei, a concessão real de uso tem como fim específico a “regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social”, podendo ser concedida sobre terrenos públicos ou particulares, mediante contrato, remunerado ou gratuito¹⁰⁸.

A concessão real de uso para fins de moradia estava estabelecida nos seus artigos 15 a 20 do referido diploma legal. Contudo, tais artigos sofreram veto do então Presidente da República, Sr. Fernando Henrique Cardoso.

As razões para tal atitude foram justificadas mediante Mensagem n. 730, de 10 de julho de 2001, *verbis*:

"O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos

¹⁰⁸ Sobre a concessão real de uso, destacamos José dos Santos Carvalho Filho, que elenca em seu livro já citado anteriormente, a utilização da concessão real de uso nos casos em que o “Município deseja incentivar a edificação em determinada área ou a concessão de uso de área estadual quando o Estado pretende implantar região industrial para desenvolver a economia em seu território”, “*Manual de Direito Administrativo*”, pág. 999.

irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, contrariando o interesse público.

O caput do art. 15 do projeto de lei assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia àquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em imóvel público. A expressão "edificação urbana" no dispositivo visaria a permitir a regularização de cortiços em imóveis públicos, que, no entanto é viabilizada pela concessão a título coletivo, prevista no art. 16. Ela se presta, por outro lado, a outra leitura, que poderia gerar demandas injustificadas do direito em questão por parte de ocupantes de habitações individuais de até duzentos e cinquenta metros quadrados de área edificada em imóvel público.

Os arts. 15 a 20 do projeto de lei contrariam o interesse público sobretudo por não ressaltarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco.

O projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada.

Por fim, não há no art. 18 a definição expressa de um prazo para que a Administração Pública processe os pedidos de concessão de direito de uso que, previsivelmente, virão em grande número a partir da vigência deste instrumento. Isto traz o risco de congestionar o Poder Judiciário com demandas que, num prazo razoável, poderiam e deveriam ser satisfeitas na instância administrativa.

Pelas razões expostas, propõe-se o veto aos arts. 15 a 20 do projeto de lei. Em reconhecimento à importância e validade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Executivo submeterá sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preencha essa lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas.¹⁰⁹

Apesar do veto, o Poder Executivo, diante da realidade fática do país e evidente necessidade de regularização das situações possessórias das populações mais carentes que ocupavam imóveis públicos, editou dois meses depois, a Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, regulando o artigo 183, § 1º da Constitucional Federal.

¹⁰⁹ Razões ao veto. Mensagem n. 730, de 10 de julho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv730-01.htm. Último acesso: 28.05.2008.

Por esta Medida Provisória, estipulou-se a possibilidade da concessão real de uso para fins de moradia individual e coletivo¹¹⁰, a que passamos a distinguir.

No tocante à concessão de real de uso para fins de moradia individual, regulada no artigo 1º do referido diploma legal, encontramos clara afinidade com o instituto da usucapião especial urbana, regulada no artigo 183, caput da Constituição Federal.

Em ambos os institutos, há a necessidade de preenchimento dos seguintes requisitos: posse mansa e pacífica por 05 anos, imóvel situado em área urbana de até 250 m², para fins de sua moradia ou de sua família, não ser proprietário ou concessionário a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Distinguem-se no que se refere ao bem ocupado - no caso, bem público - em área urbana e somente serão reconhecidas as concessões que até 30 de junho de 2001 tiverem o lapso temporal de 05 anos¹¹¹.

Quanto à possibilidade de concessão real de uso para fins de moradia coletiva, disposta no art.2º da Medida Provisória, os requisitos são similares e distinguem-se por ser uma área maior de 250 m² em que não for possível identificar-se os terrenos ocupados pelos possuidores.

Sobre a concessão coletiva de uso especial, destacamos a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que salienta estar este instituto em dois fundamentos: um de ordem urbanística, que consiste na possibilidade de serem regularizadas áreas de ocupação em terras públicas e de serem implantados

¹¹⁰ A Medida Provisória n. 2.220 /01 também regulou a autorização de uso para fins comerciais e criou o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, contudo, tais temas exorbitam o foco desta monografia.

¹¹¹ Também ressalva-se que a concessão real de uso para fins de moradia não se confunde com o direito de uso previsto no Código Civil de 2002 em seus artigos 1412 e 1413, considerado por grande parte da doutrina como um “mini-usufruto”, em que o usuário apenas poderá utilizar o bem, cabendo direito aos frutos se houver necessidades suas ou de sua família.

equipamentos urbanos e serviços públicos para os moradores do local e outro de ordem social, já que visa atender pessoas de baixa renda¹¹².

É importante ressaltar o debate referente ao prazo estipulado pelo artigo 1º e 2º para a concessão de uso especial. Pela interpretação literal, entende-se que apenas aqueles que ocuparam até 30 de junho de 2001 um imóvel público possuem o direito a concessão. Contudo, é pacífico na doutrina que tal prazo não se coaduna com os mandamentos constitucionais e não haveria porque obstar a concessão para aqueles que estão na posse de um imóvel público após a estipulação prevista. Coaduna com este entendimento Ricardo Pereira Lira, que assevera: “Entendemos que a limitação temporal estabelecida nesses arts. 1º e 2º da Medida Provisória n. 2.220, de 4.09.2001, é inconstitucional, por isso que o texto constitucional (art.183, § 1º) dele não cogita”¹¹³.

A Medida Provisória n. 2.220/01 estipula que a concessão real de uso para fins de moradia seja um direito subjetivo dos possuidores que preencherem os requisitos acima descritos, através da via administrativa. Sendo, é claro, possível o socorro ao Judiciário em caso de recusa ou omissão da Administração, após o prazo máximo de 12 (doze) meses a partir do protocolo¹¹⁴.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho, “*Comentários ao Estatuto da Cidade*”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág.374.

¹¹³ LIRA, Ricardo Pereira, “*Direito a moradia, cidadania e o estatuto da cidade*” in Revista Trimestral de Direito Civil, ano 3, vol.12, out-dez 2002, pág. 286.

¹¹⁴ Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

§ 2º Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

§ 3º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 4º O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

O artigo 1º em seus parágrafos 1º e 2º enuncia a gratuidade da concessão e a possibilidade de sua outorga apenas uma única vez ao mesmo concessionário, de fato, tal fato se justifica, pois este instituto é um “instrumento urbanístico de caráter social”¹¹⁵.

O próprio diploma legal em nenhum de seus artigos determina prazo para a duração da concessão, de forma muito bem acertada, visto que tem como intuito regularizar as situações das populações de baixa renda, muitas vezes em locais de difícil acesso. Sendo, inclusive, permitido no artigo 7º a transmissão do direito da concessão através de ato *inter vivos* ou *causa mortis*¹¹⁶. Contudo, deve ser mantido o uso para fins de moradia, já que a Medida Provisória prevê a extinção¹¹⁷ deste instituto nos casos de desvio da finalidade para moradia ou aquisição por parte do concessionário de uma propriedade ou outra concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Destaca-se que uma vez extinta a concessão, tal fato deve ser averbado no cartório do Registro de Imóveis, através de declaração do Poder Público concedente.

A Medida Provisória n. 2.220 ainda prevê a possibilidade de mudança para outro local quando a ocupação acarretar riscos à vida ou à saúde dos ocupantes, tal como assevera o artigo 4º do diploma legal supracitado.

Na mesma linha, faculta-se ao Poder Público assegurar a ocupação prevista nos artigos 1º e 2º, quais sejam, da concessão individual e coletiva, nas seguintes hipóteses de ocupação de imóvel: de uso comum do povo; destinados a projeto de urbanização; de interesse da defesa nacional, da preservação

¹¹⁵ Expressão utilizada por José dos Santos Carvalho Filho, “Comentários ao Estatuto da Cidade”, pág. 372-373.

¹¹⁶ Art. 7º O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

¹¹⁷ Art. 8º O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de:
I - o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; ou
II - o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.
Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do Poder Público concedente.

ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; reservado à construção de represas e obras congêneres; ou situado em via de comunicação¹¹⁸.

Sobre tal possibilidade, concordamos com Liana Portilho Mattos, que, ao analisar um caso concreto em Belo Horizonte, emitiu um parecer e esclarece:

“Sem dúvida, o Poder Público pode-se valer dessa faculdade, se tiver motivo relevante, ligado ao interesse público, que justifique a sua intervenção no que é direito e não deixa de ser direito do particular que o adquiriu. (...) E como toda norma que excepciona, a do artigo 5º não pode ser interpretada extensivamente, nem servir de pretexto para que o Poder Público exorbite do que para ele constitui faculdade, não dever”¹¹⁹.

É importante destacar o debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 3º da Medida Provisória n. 2.220/01¹²⁰, uma vez que o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal estabelece competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal quanto as normas de direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

Desta forma, pelo parágrafo 1º do artigo 24, cabe a União Federal estipular normas gerais para as matérias de competência concorrente, não sendo excluído é claro, a competência suplementar dos Estados (parágrafo 2º) nem a competência dos Municípios de legislar sobre assunto de interesse local e de forma suplementar a legislação federal e estadual no que couber (artigo 30, incisos I e II, CF).

Nesta linha, não poderia a União estipular no artigo 3º a concessão real de uso para fins de moradia de imóveis pertencentes a esses entes federativos, cabendo à eles, a seu nuto, legislar sobre tal tema.

¹¹⁸ Art.5º da Medida Provisória n. 2.220 /01.

¹¹⁹ MATTOS, Liana Portilho, “*Concessão de uso para fins de moradia: um caso concreto*” in ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.), “*Direto à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*”, Belo Horizonte: Fórum, 2006, pág.188.

¹²⁰ Art. 3º Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1º e 2º também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento.

Nesse diapasão, comungam deste entendimento Maria Sylvia di Pietro, *verbis*: “Em razão disso, tem-se que entender que o art.1º, ao se referir a imóveis públicos, está abrangendo apenas os de propriedade da União. O art.3º, ao impor aos Estados, Distrito Federal e Municípios a concessão de uso de bens de seu patrimônio, padece de vício de inconstitucionalidade, por invadir matéria de competência legislativa de cada qual”¹²¹ e Diógenes Gasparini, *verbis*: “Em relação aos bens estaduais, distritais e municipais esse dispositivo soa como inconstitucional. Há, com efeito, quebra do princípio da autonomia dos entes federados, na medida em que o legislador federal determina o que o Estado, o Distrito Federal e o Município devem e como devem fazer com seus bens”¹²².

No entanto, os Estados, Municípios e Distrito Federal não podem permanecer com esta alegação de inconstitucionalidade para sempre para a não aplicação da concessão real de uso para fins de moradia em seus imóveis, já que o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana são fundamentos e pilares do Estado Democrático de Direito.

Além disso, é de fundamental importância a regularização fundiária das cidades, já que possui uma tríplice dimensão de aplicação conjunta: uma de ordem urbanística, com a organização e investimentos a fim de garantir uma melhoria de vida, de ordem jurídica, com o reconhecimento da posse, com a aquisição da propriedade através da usucapião nos imóveis particulares, como na concessão real de uso para fins de moradia nos bens públicos e por fim, de ordem registrária, com a anotação no respectivo cartório do Registro de Imóveis, a fim de garantir a oponibilidade *erga omnes*¹²³.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001)”, in Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001), DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio (Coord.), São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 161.

¹²² GASPARINI, Diógenes, “O Estatuto da Cidade”, São Paulo: Editora NDJ, 2002, pág.110.

¹²³ PRESTES, Vanêsa Buzelato, “A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade – da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.220 de 04 de setembro de 2001” in ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.), “Direito à moradia e segurança da

Destaca-se ainda que o instituto da concessão real de uso para fins de moradia foi inserido no rol dos direitos reais¹²⁴ do Código Civil através da Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007 e em outras legislações denotando a importância de sua aplicabilidade, dentre as quais destacamos a possibilidade da concessão real de uso para fins de moradia ser objeto de garantia real, assegurada sua aceitação pelos agentes financeiros no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH¹²⁵ e a possibilidade de ser objeto de hipoteca tal como assevera o artigo 1.473 do Código Civil¹²⁶.

Concessão real de uso para fins de moradia e usucapião – distinções e semelhanças.

Para compararmos e diferenciarmos os institutos da concessão real de uso para fins de moradia e usucapião, é preciso uma análise dos requisitos necessários para a configuração de cada instituto.

A usucapião é forma de aquisição originária¹²⁷ de propriedade através do binômio posse-tempo, isto é, após transcorridos o lapso temporal imposto

posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão”, Belo Horizonte: Fórum, 2006, pág. 237.

¹²⁴ Art. 1.225. São direitos reais:

[...]

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;

¹²⁵ Art.13 da Lei n.11.481/2007.

¹²⁶ Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

[...]

VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;

[...]

¹²⁷ Tanto a propriedade quanto a posse possuem modos de aquisição originária ou derivada. Na lição de Miguel Maria de Serpa Lopes, “diz-se originária a aquisição que surge no titular do domínio sem que para ela tenha concorrido qualquer outro fator de transmissão que não o próprio fato considerado legalmente apto a transmitir o domínio”. O mesmo autor salienta que a aquisição derivada, pelo contrário, “pressupõe um vínculo de sucessão, seja esta *inter vivos*, seja esta *causa mortis*”. (SERPA LOPES, Miguel Maria de, “*Curso de Direito Civil III*”, pág. 638-639). No mesmo sentido, Cario Mário da Silva Pereira, “*Instituições de Direito Civil*”, pág. 115, onde salienta que a aquisição originária “resulta numa propriedade sem relação causal com o estado jurídico anterior da própria coisa”. Sobre este assunto, v. também, Orlando Gomes, “*Direitos Reais*”, 19ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 66-67 e págs.157-162 e Arnaldo Rizzardo, “*Direito das Coisas*”, Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 60-66 e págs. 243-246.

pela lei com uma posse¹²⁸ mansa e pacífica do bem, é possível adquiri-lo mediante sentença judicial.

Diversos manuais de direito civil elencam como requisitos da usucapião: bens que sejam passíveis de usucapião (não sendo passível, portanto, os bens que estão fora do comércio, tal como os bens públicos), posse mansa e pacífica por um determinado lapso temporal.

A usucapião é regulada de diversas formas na legislação constitucional (artigo 183 e 191 da Carta Magna) e infraconstitucional, com artigos no Código Civil (artigo 1.238 e seguintes, CC) e no Estatuto da Cidade (artigos 9º e 10º da Lei n. 10.257, de 10.07.2001).

A Constituição Federal, em seus artigos 183 e 191, preconiza a possibilidade da usucapião de imóveis urbanos e rurais. Na hipótese do artigo 183¹²⁹, conhecida como usucapião *pro moradia*, é preciso que a posse seja mansa e pacífica de cinco anos de imóvel urbano de até 250 metros quadrados, que sirva para a moradia do possuidor e de sua família, desde que o mesmo não seja proprietário de outro imóvel rural ou urbano. O artigo 191¹³⁰ segue a

¹²⁸ Para a aquisição da propriedade por meio da usucapião, é necessário a posse, contudo, não é qualquer posse e sim aquela denominada *ad usucapionem*. A posse pode ser classificada como *ad interdicta* e *ad usucapionem*. A primeira refere-se a proteção possessória e é cabível para todo e qualquer possuidor. Já a segunda, apenas para os possuidores intencionados com ânimo de dono (*animus domini*). Ressalta-se que aqui acabamos nos filiando a Teoria Subjetiva de Savigny para a configuração da posse *ad usucapionem*, isto é, a posse capaz de gerar usucapião. Por exemplo, o locatário de um imóvel é um possuidor *ad interdicta*, não tendo posse *ad usucapionem* devido ao contrato de locação. Contudo, diante de uma ameaça a seu direito, turbção ou esbulho, terá direito as ações possessórias. No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves, “*Direito Civil Brasileiro*”, 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 83-84, Arnaldo Rizzardo, “*Direito das Coisas*”, pág. 52 e Caio Mário da Silva Pereira, “*Instituições de Direito Civil*”, pág. 32.

¹²⁹ 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.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

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

¹³⁰ Art. 191 - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

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

mesma linha, isto é, posse mansa e pacífica de imóvel rural de até cinquenta hectares, por cinco anos interruptos, tornando tal bem produtivo e tendo nele sua moradia¹³¹. Os artigos supramencionados encontram igual redação nos artigos 1.239 e 1.240 do Código Civil¹³².

O Código Civil regula em seus artigos 1.238 e seguintes as modalidades mais comuns de usucapião, quais sejam, extraordinária e ordinária.

A usucapião extraordinária, estabelecida no artigo 1.238¹³³, possui como requisitos a posse mansa e pacífica pelo prazo de 15 (quinze anos), independentemente de boa fé¹³⁴ e justo título¹³⁵. Destaca-se que o parágrafo

¹³¹ Ressaltamos que a usucapião especial *pro labore* foi primeiramente regulada pelo artigo 98 do Estatuto da Terra, Lei n. 4.504, de 30.11.1964. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, com seu artigo 191, foi revogado tal dispositivo, sendo hoje regulado pela Lei n. 6.969, de 10.12.1981.

¹³² Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. 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.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

¹³³ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

¹³⁴ Destacamos a opinião de Orlando Gomes, que entende a boa fé quando “o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído”. Desta forma, quando o possuidor tem consciência da existência de um vício ou obstáculo, sua posse será de má fé. (GOMES, Orlando, “Direitos Reais”, pág. 54). No mesmo sentido, v. Carlos Roberto Gonçalves, “Direito Civil Brasileiro”, págs. 74-81, Arnaldo Rizzardo, “Direito das Coisas”, págs. 44-47.

¹³⁵ Ressaltamos a lição de Ebert Chamoun, que define justo título como “o ato jurídico que, embora ilegítimo, serve de fundamento à aquisição de um direito real, porque corresponde a um tipo de atividade cujas consequências jurídicas consistem afinal nessa aquisição (*causa habilis ad dominium transferendum*), criando a obrigação de transferir o direito real ou constituindo, por si só, um modo de sua transferência”. Ainda o autor salienta que “constituem, assim, títulos justos a compra e venda, a doação, a troca, o apoderamento de coisa móvel (ocupação), a constituição de enfiteuse, de usufruto ou de servidão aparente, a doação em pagamento, a procuração em causa própria que contiver os elementos da compra e venda, o contrato de sociedade relativamente à constituição do sócio para o patrimônio da sociedade, as sentenças que adjudicam bens – desnecessário dizer que, sempre

único deste artigo reduziu o prazo em 05 (cinco anos) quando o possuidor tiver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, o que denota a preocupação do legislador com a função social da propriedade, tema já debatido anteriormente.

A usucapião ordinária encontra respaldo legal no artigo 1.242, CC¹³⁶, tendo como requisitos a posse com *animus domini*, mansa e pacífica, com justo título e boa fé, pelo prazo de 10 (dez) anos. É importante destacar que o parágrafo único do supracitado artigo abre a possibilidade de um prazo mais curto, em 05 (cinco) anos, caso o imóvel tenha sido adquirido onerosamente, com base no registro constante no respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que tenha sido estabelecida a moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Há uma modalidade diversa de usucapião, denominada de usucapião tabular, já que a Lei de Registro Público assevera em seu artigo 214, parágrafo 5º¹³⁷, que a nulidade do registro não será decretada se atingir terceiro de boa fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel. Desta forma, será possível usucapir o imóvel no prazo de 05 anos e não há outros requisitos tais como os mencionados para o parágrafo único do art. 1.242, CC.

O Estatuto da Cidade, Lei n.10.257 de 10.07.2001, regula a usucapião especial urbana, na modalidade individual e coletiva em seus artigos 9º e 10º. A usucapião especial urbana individual possui idêntica redação da modalidade prevista na Constituição Federal em seu artigo 183, tendo como requisitos:

inquinados, estes atos, de ilegitimidade”. “*Justo Título*” in FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), “*Enciclopédia Saraiva de Direito*”, b. XLVII, São Paulo: Saraiva, 1977, pág. 380-381.

¹³⁶ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

¹³⁷ Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.

§ 5º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.

área urbana de até 250 metros quadrados, utilizada para fins de moradia do possuidor e sua família, de forma mansa e pacífica, pelo prazo de 05 (cinco anos), desde que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel rural ou urbano¹³⁸.

O artigo seguinte do mesmo diploma legal define a usucapião especial coletiva, para os imóveis com mais de 250 metros quadrados ocupados por populações de baixa renda, assegurando assim o direito à moradia de tais pessoas. Tal modalidade de usucapião possui os mesmos requisitos das anteriores, quais sejam: posse mansa e pacífica de imóvel urbano por 05 (cinco) anos, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor¹³⁹¹⁴⁰.

A concessão real de uso para fins de moradia, tal como vimos no capítulo anterior deste estudo, não é modalidade de aquisição da propriedade,

¹³⁸ Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

¹³⁹ Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

¹⁴⁰ Existem muitas críticas quanto a viabilidade prática da usucapião especial coletiva. Contudo, este não é objeto deste trabalho e sobre o tema v. FERRAZ, Sergio, “*Usucapião especial*” in Adilson Abreu Dallari e Sergio Ferraz (coordenadores), “*Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*”, São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 143-148.

contudo, cumpre funções similares de acesso à moradia e possui como requisitos a posse mansa e pacífica de imóvel público urbano de até 250 metros quadrados por cinco anos até 30 de junho de 2001. Desta forma, é possível concluir que difere das modalidades previamente estudadas na medida em que se aplicam aos imóveis públicos situados em área urbana e possui ainda o requisito temporal da posse ser exercida até 30 de junho de 2001. A concessão real de uso para fins de moradia coletiva também possui os mesmos requisitos, apenas difere quanto ao tamanho do imóvel (superior a 250 metros quadrados).

A concessão real de uso para fins de moradia nos Tribunais

O instituto da concessão real de uso para fins de moradia foi inserido em nosso ordenamento há pouco tempo, com o advento da Medida Provisória n. 2.220/01, de tal modo que não encontramos nos Tribunais de Justiça do país e Tribunais Superiores muita jurisprudência acerca do tema.

Desta forma, focamos a pesquisa em dois Tribunais de Justiça de destaque no país, quais sejam, dos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, com os seguintes critérios de pesquisa e tendo por base o recorte temporal de 04 de setembro de 2001 a 26 de maio de 2008.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontramos apenas duas decisões sobre o instituto em análise, que passamos a expor.

Na Apelação Cível N° 70012833844, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 18/04/2006 havia uma ocupação de imóvel público e o Município de Rio Grande ajuizou ação de reintegração de posse em face de Assis de Souza. O Município alegou na exordial se tratar de um imóvel público (via pública), sendo incabível a posse do réu, este, por seu turno, apresentou uma reconvenção postulando a concessão real de uso para fins de moradia. A juíza de 1º grau extinguiu o feito com base na ilegitimidade do Município devido ao

imóvel em questão ser administrado pela Marinha, portanto, à União e bem como a reconvenção promovida pelo réu.

O juízo *ad quem* entendeu pela legitimidade do Município por documentação acostada aos autos, já que o mesmo detém a posse fática do bem, ainda que seja de domínio da União, com base na manutenção do estado de possuidor.

Destacamos, *in verbis*, trechos da decisão para maior análise:

“(…) O exame do caso concreto, onde há colidência entre o direito do particular (de moradia) e o da coletividade, representado pelo Poder Público (de retomada de área para fins de interesse público, abertura de via pública), deve prevalecer este último. Não se trata de apenas reintegrar o município em área que não teria destinação – espécie de denúncia vazia -, enquanto o cidadão ficaria sem moradia.

Trata-se, pois, de evidente o interesse público, que deve prevalecer frente ao particular, pois se trata de área de “*intenso tráfego de veículos durante a temporada de veraneio, apresentando, inclusive, risco ao réu e seus familiares.*” (fl. 03), razão pela qual, a reintegração de posse é medida que se impõe.

Por outro lado, quanto ao pedido formulado em reconvenção, pelo apelado, que consiste na obtenção do domínio em seu favor, nada mais é que uma exceção de usucapião revestida de reconvenção.

Inviável, portanto, acolher o pedido, uma vez que o imóvel, como já referido, é de domínio público e, portanto, imprescritível para fins da usucapião, nos termos da Súmula nº 340, do Superior Tribunal Federal. (...)

Ademais, a pretensão de obter concessão de uso especial para fins de moradia, deduzida nos termos da Medida Provisória nº 2.220, tampouco tem cabia nos autos, tendo em vista que toda concessão de uso realizada pelo Poder Público exige contrato, para o que não é possível a obtenção via judicial.

Como se isso não bastasse, no caso dos autos, improvável o apelado obter concessão de uso especial de imóvel de domínio público, para fins de moradia, uma vez que o imóvel em questão consiste, em parte, via pública. Acolhe-se, portanto, a apelação do autor”.

Como podemos depreender, a solução da lide foi favorável ao Município de Rio Grande, tendo o réu que se retirar do imóvel no prazo de 90 (noventa) dias.

Contudo, como vimos no capítulo referente a concessão real de uso para fins de moradia, é possível sim a obtenção via judicial quando a Administração Pública se recusa ou se omite quanto a concessão, tal como assevera o artigo 6º do referido diploma legal.

No Agravo de Instrumento Nº 70020100756, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 10/10/2007, a questão gira em torno de uma ocupação da área denominada “Campo da Tuca”, de propriedade do Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB). O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou uma ação civil pública pleiteando a regularização fundiária da área supracitada com fulcro na concessão real de uso especial coletiva prevista na Medida Provisória 2.220/01. O DEMHAB, inconformado com a decisão que julgou as partes legítimas ativas para a lide e pedido juridicamente possível, interpôs agravo de instrumento atacando a decisão em diversos pontos, tais como: ilegitimidade ativa do Ministério Público ajuizar tal ação; não sendo cabível o pedido da concessão de forma coletiva e sim de forma individual, já que era possível identificar as partes; que buscou a regularização dos possuidores, sequer ajuizou ação de reintegração de posse; inconstitucionalidade da MP 2.220/01, devido aos termos do art.24, I, CF dentre outros.

O Relator João Carlos Branco Cardoso, muito acertadamente, afastou as alegações do agravante, mantendo a decisão para efetivar a concessão real de uso para fins de moradia.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, também encontramos apenas duas decisões sobre o tema, que passamos a analisar.

A Apelação Cível n. 2002.001.15380 da 16ª Câmara Cível gira em torno de uma questão entre um possuidor de um imóvel público situado em terreno ribeirinho, ou seja, um bem público dominical.

A própria sentença reconhece que:

“Eles (sic) [os bens públicos] são inalienáveis, nos termos da lei, impenhoráveis e imprescritíveis, significando esta última expressão, que não são suscetíveis de usucapião (Súmula 340 do STF)”. Porém, ressalta com base em decisões proferidas pelo Tribunal de Minas Gerais que “é perfeitamente legal a possibilidade da ação possessória mesmo sobre bem público, proposta por particular contra terceiro que esbulhe a sua posse legítima e anteriormente adquirida”.

No caso em tela, os desembargadores entenderam que posse é uma situação de fato, em que “uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-se e defendendo-a”.

Nesse diapasão, tal decisão está de acordo com o que foi exposto no presente trabalho, uma vez que a ocupação em terreno público enseja posse *ad interdicta* com base no *ius possessionis*.

A Apelação Cível n. 2006.001.444406 da 13ª Câmara Cível é a decisão mais acertada que trata sobre o tema deste estudo, uma vez que gira em torno da ocupação de um imóvel público do Município do Rio de Janeiro (bem dominical) por parte da autora por mais de 20 anos.

A parte ré alegou a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2220 de 2001 e a imprescritibilidade dos bens públicos face ao disposto no art.183, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988.

Os desembargadores, por unanimidade, rejeitaram a alegação de inconstitucionalidade e imprescritibilidade e concederam o imóvel para o uso especial de moradia da autora, já que independentemente da Medida Provisória, o imóvel restou abandonado pela municipalidade, desrespeitando o princípio da função social da propriedade previsto no art.5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal.

Desta forma, destacamos *in verbis* a ementa desta decisão:

Apelação.Ordinária.Concessão real de uso de bem público.Municipalidade que não deu função social à propriedade dominical sua e pretende desalijar família de baixa renda, que ocupou imóvel abandonado.Sentença de improcedência.Apelação do Município argüindo preliminares de apreciação de agravo retido e de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº2220/2001.No mérito, requer a reforma da sentença alegando que:1 - não cumpriu a apelada os pressupostos da MP2220/2001;2 - inexistente direito de retenção por benfeitorias;3 - a recorrida é devedora de perdas e danos, na qualidade de lucros cessantes, tendo em vista que habitou bem público por anos, sem qualquer pagamento.Desprovisionamento do agravo

retido e do recurso principal. Correta a concessão de tutela antecipatória, uma vez que a decisão não é teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos, aplicação do verbete sumular nº59 deste Tribunal. Não merece acolhida a arguição de inconstitucionalidade da Medida Provisória 2220/2001, tendo em vista que o Poder Executivo Federal nada mais fez do que disciplinar matéria constitucional e legalmente prevista, através do ato administrativo normativo. Vale observar que não seria necessária Medida Provisória para se fazer respeitar o princípio constitucional da função social da propriedade (art.5º, XXIII e 170, III da CRFB/88) que, na hipótese, se materializa pelo abandono do bem pela municipalidade e pela comprovação de sua utilização pela apelada e sua família, de acordo com o que se extrai do acervo probatório colacionado aos autos. No mérito, vê-se que há prova suficiente de que a apelada é possuidora do imóvel há mais de vinte anos, realizando, portanto, o comando insculpido no artigo 1º da MP nº2220/2001. *Ausente a finalidade pública bem delimitada, é viável a permanência da apelada e sua família no imóvel, uma vez que, mantida a situação fática existente, estar-se-ia, sem dúvida, cumprindo com a função social do imóvel. Como dito alhures, desnecessária a edição de medida de provisória com o fito de disciplinar a função social da propriedade, tendo em vista que esta goza de assento constitucional (arts.5º, XXIII e 170, III, CRFB/88), e, repita-se, não dando a municipalidade função social ao bem, este caracterizado como dominical, faz-se mister a chamada concessão de uso especial.* Observando-se, contudo, que não se está conferindo o domínio, mas sim a posse do imóvel para o fim específico de moradia, estando o possuidor, que deu função social ao imóvel, sujeito à cassação da concessão do benefício, na hipótese de descumprimento dos requisitos e fins determinados. Recurso conhecido e desprovido. (AC 2006. 001.444406, 13ª Câmara Cível, Des. Relator: Azevedo Pinto, Julgado em: 13/12/2006)(grifos nossos).

Destaca-se ainda o final do acórdão em tela, que sintetiza o pensamento desta monografia:

“a norma constitucional não pode ser uma quimera e apenas seduzir enquanto letra morta, mas sim ser implementada, sendo verdadeiro retrocesso inobservar o fato da municipalidade não dar função social a bem dominical em prejuízo de uma família, que detém posse mansa e pacífica por lapso temporal considerável e que deu função social a imóvel abandonado”.

Não obstante, apesar da pouca jurisprudência sobre o tema da concessão real de uso para fins de moradia, destacamos a pesquisa realizada durante o período de 2006/2007, junto ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), sob orientação da profa. Daniela Trejos Vargas, intitulada “Usucapião *em* bens públicos: a função social da propriedade pública”, em que foram analisados decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados acima referidos e bem como dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, através do seguinte critério de busca: usucapião, bem, público.

Nesta pesquisa, concluímos que há pouca familiaridade dos magistrados com a temática, que fica demonstrada na nomenclatura por vezes equivocada que é utilizada, com o uso da palavra “imprescritibilidade” (do direito de propriedade) ao invés da insuscetibilidade (do pedido de usucapião), e a dificuldade de se distinguir o “*ius possidendi*” do “*ius possessionis*”¹⁴¹. Na quase totalidade das decisões analisadas ocorreu a extinção do feito sem julgamento do mérito e sem a devida atenção para os aspectos sociais presentes em tais lides.

¹⁴¹ Na lição de Caio Mário Pereira da Silva, o “*ius possidendi* (literalmente, direito de possuir) é a faculdade que tem uma pessoa, por já ser titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa. O proprietário, o usufrutuário, o locatário, etc, têm *ius possidendi* sobre o objeto da respectiva relação jurídica. *Ius possessionis* é o direito originado da situação jurídica da posse, e independe da preexistência de uma relação. Aquele que encontra um objeto e o utiliza, não tem o *ius possidendi*, embora tenha *ius possessionis*, porque procede como possuidor, embora lhe falte um título para possuir. O que cultiva uma gleba de terra abandonada tem o *ius possessionis*, ainda no caso de lhe faltar *ius possidendi*. Outras vezes, aliada a posse outros requisitos que compõem a usucapião, a lei converte o *ius possessionis* em propriedade, que, a seu turno, gera *ius possidendi* sobre a mesma coisa” (SILVA, Caio Mário Pereira da, “*Instituições de Direito Civil*”, pág. 24-25). Nessa trilha, a proteção possessória é garantida pelo *ius possessionis*, decorrente do fato da posse, podendo o possuidor ser ou não proprietário, se o for, poderá se valer tanto do *ius possessionis* quanto do *ius possidendi*.

Conclusão

Diante do exposto nesta monografia, podemos notar a evidente evolução do direito de propriedade, antes visto como um direito absoluto de uso, gozo e disposição para a lenta e gradual utilização com fins sociais e interesses extra-proprietários¹⁴², condicionado a sua proteção pelo Direito ao cumprimento da função social da propriedade.

Não obstante a mudança da perspectiva civil-constitucional do direito de propriedade, a posse também ganhou destaque em nosso ordenamento jurídico. Ela, antes vista também como elemento caracterizador da propriedade, vinculada a este para fundamentar a proteção possessória e a função social da propriedade, passa a ter função própria - a função social da posse - conforme visto no capítulo 4º deste trabalho.

A posse e o cumprimento de sua função social é capaz até de forma de aquisição de propriedade distinta da usucapião clássica, nos ditames do artigo 1.228, parágrafo 4º e 5º do Código Civil de 2002, nos casos de posse ininterrupta e de boa fé de um número considerável de pessoas, que tenham realizado obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante pelo juiz da causa, que fixará uma indenização justa ao proprietário¹⁴³, além das outras formas de usucapião tradicionais como a usucapião extraordinário, ordinária e, recentemente, a tabular, tal como visto no capítulo .

¹⁴² Expressão cunhada pelo professor Gustavo Tepedino em “*Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*”, Temas de Direito Civil, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, págs.267-291.

¹⁴³ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Apesar disso, a posse de bens públicos não tem o condão de suscitar a aquisição da propriedade pública, uma vez que tais bens são insuscetíveis de usucapião por comando expresso na Constituição Federal em seus artigos 183, parágrafo 3º e 191, parágrafo único, bem como na Súmula 340 do Supremo Federal, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado.

De igual modo, não estariam adstritos ao princípio da função social da propriedade previsto em nossa Carta Magna nos artigos 5º, XXIII e 170, III.

Contudo, no que se refere a este princípio da supremacia do interesse público, comungamos da opinião de Gustavo Binenbojm quanto a incompatibilidade deste princípio com o Estado Democrático de Direito¹⁴⁴¹⁴⁵, uma vez que é recorrente os imóveis públicos deixados desamparados pela

¹⁴⁴ Gustavo Binenbojm explica que ponto central “diz respeito à concepção de direitos fundamentais adotada pelas democracias constitucionais. (...) Os direitos fundamentais são, em sua origem, *direitos morais*, fruto da projeção de valores morais (como liberdade, igualdade e segurança) sobre a ordem jurídica. Por isso mesmo, a constitucionalidade de tais direitos tem por escopo, precisamente, retirá-los do varejo político do dia-a-dia, situando-os em patamar hierárquico superior ao das maiorias legislativas ocasionais, inclusive, no caso brasileiro, do próprio poder constituinte derivado. É dizer: os direitos do homem ocupam posição de proeminência, no plano axiológico, em relação a qualquer projeto coletivo utilitário; no plano jurídico, tal proeminência decorre de seu *status* constitucional e da sua condição de cláusulas pétreas da Constituição. A lógica do sistema de direitos fundamentais não é a da maximização dos interesses do maior número possível de indivíduos, mas a da preservação e promoção dos valores morais sobre os quais se erigem noções como a de dignidade da pessoa humana, ainda quando *contraproducentes* de um ponto de vista puramente utilitário. Embora todos os direitos tenham um *custo* e este deva ser levado em conta como elemento racionalizador das políticas públicas, não se pode elevar o discurso utilitário à condição de móvel único ou central do ordenamento jurídico. De igual modo, a própria idéia de democracia é também fundada em um projeto moral – de autogoverno coletivo – que se assenta sobre o valor da igualdade. Tal como o sistema de direitos fundamentais, o regime democrático não é *barganhável* com cálculos utilitários, que demonstrem a excessiva onerosidade das eleições, das máquinas político-partidárias ou do próprio aparelho estatal da democracia. Embora seja desejável tornar o regime mais eficiente e menos oneroso, sua existência não é suscetível de refutação por motivos de bem-estar coletivo. Por exibir um valor intrínseco e fundante, a democracia é salvaguardada tanto do legislador ordinário como do legislador constituinte. Assim sendo, resta demonstrado como o dito princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares – que teria justificativa a partir das perspectivas do *organicismo* e *utilitarismo* – se revela totalmente incompatível com a espinha dorsal do Estado democrático de direito. A Constituição brasileira de 1988, ao instituir um tal Estado, não deu abrigo a nenhuma dessas teorias morais cogitadas acima. Como corolário de seu caráter aberto, pluralista e compromissório, a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais. A posição central conferida ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático não significou a adoção de uma teoria meramente *individualista* pelo constituinte”. (“*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*”, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág.84-86).

¹⁴⁵ Há de se ressaltar que a teoria de Gustavo Binenbojm ainda é minoritária no campo administrativista, sendo ainda majoritária a tese da supremacia do interesse público frente ao interesse particulares.

Administração Pública e são muitas vezes ocupados por populações mais carentes.

Conforme visto no capítulo referente a posse, não há qualquer impedimento legal para se reconhecer a posse de bens públicos e assim o é que o instrumento que regulariza a situação destes ocupantes é a concessão real de uso para fins de moradia, que possui como um de seus requisitos a posse mansa e pacífica do bem pelo prazo de 05 (cinco) anos tanto para a concessão individual quanto a coletiva prevista na Medida Provisória n. 2.220/01¹⁴⁶.

Cumpramos recordarmos que a concessão real de uso para fins de moradia é um dos instrumentos jurídicos previstos na Lei n. 10.257, de 10.07.2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade, para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, tal como assevera o artigo 182, *caput*, CF.

Este instituto efetiva princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, tal como o direito à moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁷ e permite as populações mais carentes que ocupam tais bens um maior acesso aos bens de produção¹⁴⁸, já que podem se valer do título da concessão real de

¹⁴⁶ Art. 1º e 2º da MP n. 2.220/01.

¹⁴⁷ Sobre a definição do princípio da dignidade humana nos recorremos a Ingo Wolfgang Sarlet: “temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais (na Constituição federal de 1988)*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 60. Sobre tema da eficácia da dignidade da pessoa humana, v. o mesmo autor, “*A eficácia dos Direitos Fundamentais*”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁴⁸ A respeito da posse como uma forma de efetivação do direito à moradia e acesso aos bens, destacamos a opinião de Roberta Mauro: “Com efeito, se antes a posse era vista como a exteriorização do domínio, hoje, independentemente de sua relação com o direito de propriedade, a tutela possessória, inspirada pelos valores constitucionais, dá-se também em função de ser esta o principal meio de acesso aos bens, por permitir concretamente que o direito à moradia e a remoção das desigualdades sociais deixem de ser apenas promessas ou objetivos inatingíveis do legislador constituinte” (MAURO, Roberta, “*A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens*” in TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Org.), “*Diálogos sobre o direito civil – Volume II*”, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 44)

uso para fins habitacionais constante no cartório do respectivo Registro de Imóveis como forma de garantia para a aquisição de outros bens de consumo¹⁴⁹.

Nesta linha, face os argumentos expostos, defendemos uma maior aplicação da concessão real de uso para fins de moradia como forma de regularização fundiária no país.

¹⁴⁹ Como já foi visto, essa possibilidade foi inserida pela Lei n. 11.481/07, de 31.05.07.

Bibliografia:

ALFONSIN, Betânia, FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 368 p.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Volume I, 13ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 368 p.

_____. *Posse. I: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. 428 p.

ARAÚJO, Bárbara. *A proteção funcional da posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro, 2004, Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 201 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Reais*, 5ª Ed.. Coimbra Editora, 2000. 704 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. 139 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337 p.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano & função social da propriedade*. 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2007. 179 p.

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. 213 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. 1056 p.

_____. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 446 p.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 264 p.

CHAMOUN, Ebert. Justo Título. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. b. XLVII, São Paulo: Saraiva, 1977. 378-384 p.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXV, n. 63, jul-set 1986. 71-79 p.

COUTINHO, Ronaldo & BONIZZATO, Luigi. *Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Editora Rios, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. 824 p.

_____. Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001). In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. DALLARI, Adilson Abreu Dallari e FERRAZ, Sergio (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2006. 150-171 p.

ELIAS FILHO, Joaquim. Da ação de usucapião especial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. 260 p.

FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Paraná: Sergio Antonio Fabris, 1988. 102 p.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 326 p.

FERRAZ, Sergio. Usucapião especial. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2006. 136-149 p.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 651 p.

_____. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002. 247 p.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª Ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 496 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Volume V: direito das coisas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 620 p.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: *Problemas de direito constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 397-433 p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2007. 391 p.

IHERING, Rudolf von,. *Teoria Simplificada da Posse* tradução de Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004. 62 p.

_____. *O fundamento dos interditos possessórios* tradução de Adherbal de Carvalho. 2ª Ed. São Paulo, 1908. 367 p.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 391 p.

_____. Direito a moradia, cidadania e o estatuto da cidade. In: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 3, vol.12, out-dez 2002. 259-291 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol. 06, 06ª Ed. rev. e atualizada pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. 755 p.

MATTOS, Liana Portilho. Concessão de uso para fins de moradia: um caso concreto. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 179-201 p.

MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Org.).

Diálogos sobre o direito civil – Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 33-60 p.

MEDAU, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 11^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 432 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 30^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 840 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 4^a Ed., São Paulo: Malheiros, 1993. 484 p.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. 499 p.

_____. Legitimação de Posse dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. 173 p.

NADER, Natal. Usucapião de imóveis: Usucapião ordinário, usucapião extraordinário, usucapião especial rural e urbano. 5^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 126 p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo.* 14^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. 668 p.

NUNES, Pedro; NUNES, Evandro. Do usucapião: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. 287 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 467 p.

PIERLINGERI. *Perfis do direito civil* tradução de Maria Cristina de Cicco. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359 p.

PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 178 p.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto.* Milano: Guiffirè, 1954. 351 p.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade – da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.220 de 04 de setembro de 2001. In: ALFONSIN,

Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 203-238 p.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1178 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil v. 5 Direito das coisas*. 27ª ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. 448.

SALLES, Jose Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 370 p.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais (na Constituição federal de 1988)*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2001. 158 p.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 6. abr/jun 2001. 159-182 p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 900 p.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 01-22 p.

_____. Contornos Constitucionais da Propriedade. In: *Temas de Direito Civil*, 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 267-291 p.

_____. & FACHIN, Luiz Edson (organizadores), “*Diálogos sobre o direito civil – Volume II*”, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 698 p.

THEODORO JUNIOR, Humberto, “*Posse e usucapião: direitos reais I: doutrina e jurisprudência*”, Rio de Janeiro: Aide, 1991. 440 p.

WALD, Arnaldo, “*Direito das coisas*”, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. 558 p.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv730-01.htm. Último acesso: 28.05.2008.

<http://www.stf.gov.br>. Último acesso: 28.05.2008.

<http://www.stj.gov.br/>. Último acesso: 28.05.2008.

<http://www.tj.rj.gov.br/>. Último acesso: 28.05.2008.

<http://www.tj.rs.gov.br/>. Último acesso: 28.05.2008.