

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**OS BENS PÚBLICOS DOMINIAIS E A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Emílio Gehem de Moura

**Santa Maria, RS, Brasil
2012**

OS BENS PÚBLICOS DOMINIAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Emílio Gehem de Moura

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Carlos Norberto Belmonte Vieira

Santa Maria, RS, Brasil

2012

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**OS BENS PÚBLICOS DOMINIAIS E A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE**

elaborada por
Emílio Gehem de Moura

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Carlos Norberto Belmonte Vieira
(Presidente/Orientador)

Prof. Ms. José Fernando Lutz Coelho
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 19 de dezembro de 2012.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

OS BENS PÚBLICOS DOMINIAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

AUTOR: EMÍLIO GEHEM DE MOURA

ORIENTADOR: CARLOS NORBERTO BELMONTE VIEIRA

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 19 de dezembro de 2012.

A presente monografia estuda os bens públicos dominiais e a possibilidade de o particular exercer a posse destes bens à luz da função social da propriedade e do direito à moradia. Proposto o tema, passamos a uma breve conceituação doutrinária de bens públicos com ênfase nos bens públicos dominiais e a extensão e aplicação do princípio da função social da propriedade pública. Em um segundo momento, tratamos dos fundamentos e conceituação explanados pela doutrina do direito à moradia e sua hierarquia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, aferindo que este é um direito social expressamente previsto na Constituição Federal, mas que também pode ser considerado com um direito fundamental de aplicabilidade imediata. Em seguida, examinamos três diferentes teorias possessórias e a possibilidade de exercício da posse de bens públicos, principalmente os bens públicos dominiais em face da proteção jurídica conferida à propriedade pública, sendo constata a inexistência de impedimento do exercício da posse de bens públicos. Por fim, buscamos analisar o entendimento jurisprudencial, geralmente em julgamento de ações possessórias, sendo demonstrando a ausência de uniformização da jurisprudência. Desta forma, conclui-se serem mais adequadas as decisões envolvendo o Poder Público e particulares que estes devem cumprir a função social da propriedade, bem como respeitar o direito à moradia. Concluindo também que pessoas que possuem o bem público dominial que não tinha adequada destinação, estão usufruindo do direito humano do à moradia.

Palavras-Chaves: Bens públicos dominiais. Função social. Direito à moradia. Posse de bens públicos.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE DOMINIAL PUBLIC GOODS AND THE SOCIAL FUNCTION PROPERTY

Author: Emílio Gehem de Moura

Adviser: Carlos Norberto Belmonte Viera

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 19, 2012.

This monograph examines the public dominial goods and the possibility of the particular to possession of these goods observing the social function of property and housing rights. Once proposed the subject, we had a brief doctrinal about public good's concept emphasizing on public goods and the extension and application of the principle public property's social function. In a second step, we treat the fundamentals and concepts explained by the doctrine of the right to housing and their hierarchy within the Brazilian legal system, showing that this is a social right expressly provided in the Constitution, but which can also be considered as a fundamental right immediate applicability. Next, we examine three different possessory theories and the possibility of exercising possessions of public goods, particularly dominial public goods on the other hand of legal protection afforded to public property, and notes that no impediment to the exercise of public goods possessions. Finally, we analyze the jurisprudential understanding, usually in trial of possessory actions, and demonstrating the absence of uniformity of jurisprudence. Finally, the conclusion of this work is that the decisions involving the Government and individuals appears to be more appropriate that the dominial public goods must fulfill the social function of property and respect the right to housing. Concluding also that people who have the possession of the dominial public good witch hadn't an adequate destination are enjoying the human right of housing.

Key-Words: Dominial public goods. Social function. Housig rights. Possession of public goods.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA DOMINIAL E DIREITO À MORADIA	8
1.1 Fundamentos do princípio da função social da propriedade pública	8
1.2 Fundamentos e conceituação do direito à moradia	17
2 PROTEÇÃO E POSSE DOS BENS PÚBLICOS DOMINIAIS	26
2.1 Teorias possessórias.....	26
2.1.1 Teoria de Savigny	26
2.1.2 Teoria de Ihering	28
2.1.3 Teoria de Saleilles	29
2.2 Proteção e posse dos bens públicos	32
2.3 Análise jurisprudencial	39
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê que toda a propriedade deve cumprir com sua função social, todavia, é silente quanto à aplicação deste instituto sobre a propriedade pública, principalmente no que tange aos bens públicos dominiais.

A Carta Magna de 1988 também prevê expressamente o direito social à moradia conforme *caput* do artigo 6º, além da previsão como direito humano em tratados internacionais que o Brasil é signatário.

Ocorre que, diante da inércia e omissão do Poder Público é comum o abandono dos seus bens imóveis dominiais e, não raramente, são noticiados casos de ocupação desses bens por pessoas de baixa renda, que lá fixam sua moradia juntamente com suas famílias, fato que está gerando diversas demandas possessórias em que particulares e Poder Público são os litigantes.

Esses conflitos são levados ao Poder Judiciário, que vem produzindo entendimentos jurisprudenciais antagônicos entre si.

Por um lado, alguns julgados apresentaram o entendimento de que o Poder Público dispõe de prerrogativas específicas na posse e propriedade de seus bens imóveis dominiais, de modo que não há o exercício da posse pelo particular sobre estes imóveis, e, por consequência, não é possível a defesa possessória.

De outra banda, em outros julgados os juízes firmaram entendimento no sentido de ser possível a caracterização da posse de bens públicos por particulares, sendo ônus do Poder Público comprovar os requisitos da ação de reintegração de posse, muito embora a proteção jurídica dada aos bens públicos.

Assim, a matéria está longe de ser um consenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, motivo pelo qual se faz válida e profícua uma análise aprofundada acerca dos bens públicos, função social da propriedade e direito à moradia.

A realização desta pesquisa contará com embasamento jurídico, doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista que serão analisadas as divergências existentes sobre o tema. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, uma vez que se partirá do conceito de bem público dominial, função social, direito à moradia e posse dos

bens públicos para averiguar a possibilidade de o particular fazer uso do bem público dominial que não possui destinação específica como sua moradia.

Os métodos de procedimento utilizados na elaboração da pesquisa serão o histórico e o comparativo.

O método histórico terá especial importância na investigação a respeito do tratamento doutrinário e jurisprudencial que versa sobre os bens públicos e sua especial proteção, a aplicação do princípio da função social na utilização destes bens e o direito à moradia.

O método comparativo, por sua vez, será utilizado quando da análise de jurisprudências em que foram ponderados o direito à moradia e a especial destinação e proteção dos bens públicos dominiais.

O primeiro capítulo expõe os fundamentos da função social da propriedade pública e a conceituação e aplicação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, sendo cada assunto tratado em um subtítulo.

O segundo capítulo também é dividido em dois subcapítulos, primeiramente sendo pesquisada a posse dos bens públicos e, por último, analisado o entendimento jurisprudencial em ações que versam sobre a posse destes bens entre Administração Pública e particulares.

Exposta a introdução, passa-se a análise do tema.

1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA DOMINIAL E DIREITO À MORADIA

1.1 Fundamentos do princípio da função social da propriedade pública

Preliminarmente ao estudo dos fundamentos do princípio da função social e sua aplicabilidade à propriedade pública, especificamente em seus bens dominiais, necessário se faz realizar uma breve conceituação acerca de bens públicos e sua classificação estudada pelo direito civil e administrativo brasileiro.

A doutrina do direito administrativo percorre três caminhos para definir bens públicos, quais sejam, quanto à sua titularidade, finalidade e, ainda, um critério misto.

O primeiro critério é quanto à sua titularidade, sendo que para este, são considerados bens públicos todos os bens que pertencem a pessoas jurídicas de direito público.

Neste primeiro critério temos o ensinamento de Meirelles (2011, p. 564), para o qual “bens públicos são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis ou móveis, créditos, direitos e ações, que pertençam a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”.

Outro critério utilizado para a conceituação dos públicos é o da finalidade, neste caso, são considerados bens públicos os bens destinados ao desenvolvimento de qualquer atividade estatal ou ao uso direto da população em geral.

A este segundo critério se filia Cretella Júnior¹ definindo que bens públicos são “o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do poder público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime jurídico de direito público”.

Ademais, importante é a doutrina de Bandeira de Mello (2005, p. 845) que adota um terceiro critério misto ao discorrer que são bens públicos todos aqueles bens que “pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, bem como os que,

¹ CRETELLA JUNIOR, apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 963.

embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

A classificação dos bens públicos no direito brasileiro é tripartite, adotada desde o Código Civil de 1916 e mantida até os dias de hoje. No Código Civil² vigente a classificação dos bens públicos está expressa no artigo 99 cuja redação segue:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Como se pode perceber da redação da lei, os bens públicos são classificados em suas categorias conforme a sua destinação ou afetação.

Os bens de uso comum do povo são aqueles destinados ao uso indistinto de todos, ou seja, tem a finalidade definida por natureza ou por lei, ao uso coletivo, elucidando Meirelles (2011, p.566) que “todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo”.

Quanto aos bens de uso especial previstos no inciso II do artigo 99 do Código Civil, são os bens destinados ao uso da Administração na execução de suas atividades ou à prestação de um serviço público específico à população, como por exemplo, os prédios sede de órgãos governamentais, de universidades públicas ou uma viatura policial. Segundo Di Pietro (2011, p. 675) “bens de uso especial são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução de seus fins”.

Os bens públicos dominiais merecem uma análise pormenorizada, pois tal categoria é o objeto de estudo do presente trabalho. Estes bens compreendem os pertencentes à administração pública, sobre os quais esta exerce poderes de propriedade, apesar de não estarem afetados a nenhuma finalidade específica.

O doutrinador Bandeira de Mello (2005, p. 845) assevera que:

²BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

Os bens dominicais ou dominiais 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 de que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal.

No mesmo sentido Meirelles (2011, p. 566) traz o conceito de bens públicos dominiais ou do patrimônio disponível:

São aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Daí por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce poderes de proprietário, segundo os preceitos de Direitos Constitucional e Administrativo.

Também elucida Di Pietro³ que os bens públicos dominiais “não têm distinção pública definida, razão pelo qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para a obtenção de renda”.

Por conseguinte, tem-se que os bens dominiais compõem os bens imóveis disponíveis que podem ser objeto de venda, permuta ou cessão. Enfim, a gestão desses bens pelo poder público dá-se da mesma forma com que o particular gerencia os seus bens, ou seja, “a sua gestão corresponderia a atividade privada da Administração.”⁴

Todavia, importante efetuar algumas considerações a respeito da função social da propriedade antes de analisar e questionar a sua aplicabilidade sobre os bens públicos dominiais.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXIII versa que toda a propriedade deve atender à função social, estando tal previsão elencada no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, assim como nas disposições sobre os Princípios Gerais da Atividade Econômica.

Desse modo, tendo em vista que a função social da propriedade encontra-se inserida em meio aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, podemos inferir que o referido dispositivo constitucional impõe ao titular da coisa, uma série de exigências para o exercício do seu direito de propriedade.

³ DI PIETRO. Maria Sylvania. **Função Social da Propriedade Pública**. Revista Eletrônica de Direito de Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006, p. 05.

⁴ DI PIETRO. Maria Sylvania. **Função Social da Propriedade Pública**. Revista Eletrônica de Direito de Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006.

Logo, pode-se deduzir que a função social da propriedade representa um poder-dever do proprietário de destinar a coisa em proveito próprio e da sociedade.

Nas palavras de Eros Graus⁵:

O que é mais relevante enfatizar, entretanto, é o fato de 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 de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta de concreção do poder de polícia.

Pelo exposto deste emérito publicista, percebe-se que a função social da propriedade é distinta das limitações administrativas ao direito de propriedade, asseverando que, em suma, a atenção à função social da propriedade consiste na imposição ao proprietário do bem a um poder-dever no exercício do poder de propriedade e administração de seus bens.

No mesmo sentido, sustenta Comparato⁶ ao discorrer sobre a evolução histórica do princípio da função social da propriedade:

O direito contemporâneo passou a reconhecer excepcionalmente, uma “função social da propriedade” isto é, a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens, em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo.

Para José Afonso da Silva⁷, “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade” e finaliza sentenciando que “enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente com elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”. Portanto, a noção de função social significa mais do que uma limitação ao exercício do direito de propriedade. Com efeito, implica em deveres de atuação positiva ou negativa por parte do proprietário, seja público ou privado.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. São Paulo, Editora Malheiros, 10ª edição, 2005, p. 245.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁷ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

Diante do que foi acima elencado, é inequívoca a aplicação da função social da propriedade no que tange à propriedade privada. Isso porque, é inconteste que a construção da doutrina da função social da propriedade embasou-se no direito de propriedade privada, definida pelos civilistas modernos, e que teve como escopo a ponderação da concepção absolutista de propriedade, remetendo-se aos deveres positivos e negativos impostos ao proprietário.

Contudo, é nebulosa e controversa a sua aplicação à propriedade pública, porquanto que diversos doutrinadores entendem pela impossibilidade da aplicação da função social da propriedade no tocante aos bens públicos, sustentando que estes estão imbuídos com função social justamente por serem públicos, posto que a Administração Pública se sujeita aos princípios da legalidade e supremacia do interesse público.

Quanto ao mencionado interesse público, importa destacar que aqueles autores que defendem a inaplicabilidade da função social na propriedade pública, entendem que no Direito Administrativo os atos administrativos e função instrumental do Estado tem como finalidade o interesse público, conceito que diverge do conceito de interesse social.

A distinção realizada entre interesse público e interesse social é assim referida pelo autor Rodolfo de Camargo Mancuso⁸:

Interesse Social”, no sentido amplo que ora nos concerne é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por “bem comum”; anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes.

Em sequência o autor refere que, diferentemente do interesse social, o interesse público nos traz a presença do Estado, afirmando que “é como que se ao Estado coubesse não só a ordenação normativa do ‘interesse público’, mas também a soberana indicação de seu conteúdo”.

A autora Nilma de Castro Abe⁹ sustenta a não caracterização do princípio da função social da propriedade sobre os bens públicos alegando não ser possível a

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁹ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública**. Salvador: Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador: Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9,

responsabilização do ente público em caso de descumprimento de tal preceito, consoante trecho do artigo público no renomado sítio da rede mundial de computadores Revista Eletrônica de Direito Administrativo Direito do Estado:

A caracterização da função social como um dever jurídico a ser atendido pelo ente público, esbarraria na imposição de uma responsabilização ao ente público, lembrando que a responsabilização da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (titulares do direito sobre o imóvel público) não alcança efetivamente o agente público, que, via de regra, foi quem deixou de cumprir com diversos deveres em relação à gestão do patrimônio público.

Todavia, segue a autora acima referida discorrendo que, muito embora haja óbices para a aplicação da função social da propriedade sobre bens públicos, estes devem atender ao interesse público ou interesse da coletividade do mesmo que a propriedade particular, a qual, de forma inequívoca, deve cumprir com a função social da propriedade. Em ressalva a professora Nilma de Castro Abe¹⁰ afirma que este dever de atender ao interesse público decorre do regime jurídico do Direito Público, *in verbis*:

Afastada a “função social” do regime de bens públicos, não significa que o Poder Público não tenha deveres jurídicos em relação ao seu patrimônio público, no que pertine ao atendimento dos interesses coletivos normativamente postos. Se o particular deve exercer o direito de propriedade atendendo à função social sob pena de vir a ser desapropriado ou mesmo sofrer a perda das garantias possessórias ou da própria propriedade, é incontestado que existe o dever do Poder Público, ao exercer o direito de propriedade pública, de atender aos interesses da coletividade. Do mesmo modo que o direito de propriedade privada deve ser exercido pelo particular em conformidade com os interesses da coletividade, *mutatis mutandi*, o Poder Público deve gerir os bens públicos a fim de atender os interesses públicos. Todavia, este dever decorre do próprio regime de Direito Público, inerente ao exercício da função administrativa, e não das normas que resguardam a função social.

Dessa forma, nota-se que independente da aplicação do instituto da função social da propriedade, a Administração Pública deve dar uma destinação para a sua propriedade, de modo a atender os interesses públicos e da coletividade da mesma forma que os particulares.

fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: http://rbdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf. Acesso em: 17/09/2012.

¹⁰ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública**. Salvador: Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador: Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: http://rbdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf. Acesso em: 17/09/2012.

Entretanto, há autores que defendem a aplicação do princípio da função social da propriedade sobre os bens públicos, sendo que, alguns veem esta possibilidade com alguma ressalva.

Nesse contexto, Di Pietro¹¹ defende que a Constituição Federal consagrou de modo expresso o princípio da função social da propriedade privada e agasalhou-o apenas implicitamente em relação aos bens públicos em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana, consoante palavras que seguem:

No direito brasileiro é possível afirmar que a Constituição adota, expressamente, o princípio da função social da propriedade privada e também agasalha, embora com menos clareza, o princípio da função social da propriedade pública, que vem inserido de forma implícita em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana.

Sobre a Política Urbana citada pela autora acima, esta foi prevista no artigo 182 da Constituição Federal de 1988, versando que “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.”¹²

Continua o parágrafo segundo: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”¹³

A par desses dispositivos constitucionais que explicitamente expõe a função social da propriedade concernente à Política Urbana, salienta-se que o artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal está, como visto anteriormente, no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Sendo certo que estes direitos não fazem nenhuma distinção entre pessoas física ou jurídica ou pessoas de direito público ou direito privado, tendo uma abrangência tanto individual como coletiva.

Ainda, nesse ponto oportuno ter em mente que o inciso XXVIII do artigo 5º da Constituição da República Brasileira está intimamente ligado ao caput do mesmo

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade Pública**. Revista Eletrônica de Direito de Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

¹²BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível na internet em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

¹³BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível na internet em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

artigo, o qual versa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes [...]”

Desta feita, se a própria previsão constitucional não faz qualquer ressalva ao atendimento da função social entre as propriedades públicas e privadas, conclui-se que ambas devem atender a tal exigência.

Em realidade, respeitar a função social da propriedade é um direito fundamental do cidadão e pode ser suscitado em face do Estado. Nestes moldes, se é o Estado quem impõe ao particular a exigência de que a propriedade privada cumpra com a função social, lógico é que o mesmo não pode evadir-se de cumpri-la.

Oportuna a opinião de Silvio Luis Ferreira da Rocha¹⁴ que:

a finalidade cogente informadora do domínio público não resulta na imunização dos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, previsto no texto constitucional. Acreditamos que a função social da propriedade é princípio constitucional que incide sobre toda e qualquer relação jurídica de domínio, pública ou privada, não obstante reconheçamos ter havido um desenvolvimento maior dos efeitos do princípio da função social no âmbito da propriedade privada, justamente em razão do fato de o domínio público, desde a sua existência, e, agora, com maior intensidade estar, de um modo ou de outro, voltado ao cumprimento de fins sociais, pois, como visto, marcado pelo fim de permitir à coletividade o gozo de certas utilidades.

Ainda mais latente a observância da função social nos bens públicos dominiais, pois a sua gestão pelo poder público dá-se da mesma forma com que o particular gerencia, consoante leciona Di Pietro¹⁵, que “costuma-se dizer que o poder público age em relação a eles (bens públicos dominiais) da mesma forma que o particular; a sua gestão corresponderia a atividade privada da Administração.”

Nesse sentido é a redação do parágrafo único do artigo 99 do Código Civil¹⁶ ao declarar que “Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens

¹⁴ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade Pública**. Revista Eletrônica de Direito de Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>.

¹⁶BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

Também, estes bens são os mais suscetíveis à aplicação do princípio da função social da propriedade, já que são os bens pertencentes à Administração Pública, mas que não são objeto de nenhuma finalidade específica, não havendo nenhum interesse público inerente a esses bens, em contraponto ao que ocorre com os bens de uso comum do povo e de uso especial.

Falar em função social de bens públicos dominiais é examinar os limites que o aludido princípio é capaz de impor na gestão, destinação e uso, bem como importa em um dever-poder imposto ao Poder Público de agir e dar uma correta destinação para estes bens.

O tema foi abordado por Eros Grau¹⁷, asseverando o jurista que:

A administração cumpre uma função na medida em que vinculada pelo dever de realizar determinados fins em benefício do interesse público. Daí por que se há de entender função como um dever-poder e não mero poder-dever.

Portanto, em razão do mero domínio da administração sobre os bens dominiais sem nenhuma finalidade específica, o princípio da função social da propriedade deve ser aplicado e servir como um comando (poder-dever) capaz de obrigar a funcionalização, atribuindo-lhes eficiência, utilidade e produtividade, de modo a evitar o ócio, abandono e descaso dos bens públicos, o que, infelizmente, não é raro acontecer em nosso País.

¹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. Cobrança Taxa de uso e ocupação do solo e espaço aéreo. Concessionários de serviço público. Dever-poder e poder-dever. Instalação de equipamentos necessários à prestação de serviço público em bem público. Lei Municipal 1.999/2002. Inconstitucionalidade. Violação. Art. 21 e 22 da Constituição Federal. Recurso Extraordinário 581.947/RO. Pleno. Min. Eros Grau. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613782>. Acesso em: 30 ago. 2012.

1.2 Fundamentos e conceituação do direito à moradia

Inicialmente, importa consignar que não há como discorrer sobre os elementos e conceituação do direito à moradia sem, apresentar em um primeiro momento uma breve evolução histórica acerca dos direitos humanos, assim como buscar seus instrumentos internacionais de proteção.

A partir do fim da II Grande Guerra iniciou-se um movimento de permanente valorização e respeito ao ser humano, conferindo-lhe status de sujeito de direitos humanos básicos e universais e inaugurando uma nova dimensão de direitos sociais, em prol da promoção de uma vida digna, rol de direitos no qual foi inserido o direito à moradia.

Assim, com a finalidade de positivizar, afirmar e efetivar os direitos humanos de maneira universal foram criados inúmeros sistemas de proteção destes direitos no âmbito internacional, e, um dos primeiros é a Declaração Universal dos Direitos Humanos datada e proclamada pela resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, também conhecido como Carta das Nações Unidas.

Desde a proclamação da referida Declaração¹⁸ é que o direito à moradia foi inserido no rol dos direitos humanos, versando o artigo XXV da seguinte forma acerca do direito a um padrão de vida adequado:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Dessa forma, sendo os direitos humanos universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, os direitos previstos no artigo XXV, 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos não são meramente elementos do direito a um padrão de vida adequado, porém, são, em realidade, direitos que devem ser assegurados, respeitados e, principalmente, efetivados, de modo que somente

¹⁸ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 07/11/2012.

assim a pessoa humana terá um padrão de vida adequado e, conseqüentemente, uma vida digna.

Nesse sentido, o principal fundamento do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹ adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, assim dispendo no artigo 11:

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Importante salientar que o enunciado do dispositivo acima colacionado, gera para os Estados Partes signatários a obrigação legal de promover, assegurar e efetivar esse direito. De modo que, esta obrigação e responsabilidade são compartilhadas pelo Estado brasileiro, o qual é signatário e ratificou o referido Pacto através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Outro relevante diploma internacional de proteção aos direitos humanos que segue os princípios da Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, veio a versar que o indivíduo tem a obrigação de lutar pela promoção dos direitos de liberdade, reconhecendo, da mesma forma, o direito de circular e fixar moradia no território do Estado onde esteja e viva legalmente, conforme o artigo 12, o qual dispõe que “toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.”²⁰.

O Estado brasileiro assumiu o compromisso de respeitar e aplicar o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, uma vez que é signatário deste, incorporando-o ao seu ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992.

¹⁹ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 18/10/2012.

²⁰ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 18/10/2012.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989²¹ adotada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas prevê, expressamente, em seu artigo 27, item 2 que os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um padrão de vida adequado, incluindo o direito à moradia como requisito essencial para tanto:

Artigo 27

3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

Ainda, no âmbito do sistema internacional da Organização das Nações Unidas, merece atenção os documentos decorrentes de duas conferências realizadas, as quais discutiram o tema a respeito dos assentamentos humanos, uma delas ocorrida em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e a outra em 1996, em Istambul, Turquia, (Agenda Habitat II), os quais reconheceram o direito à moradia como um direito humano especial.

No Capítulo II da Agenda Habitat II²² referente às metas e princípios o documento ratifica o compromisso de garantir de forma integral todos os direitos previstos nos Tratados e Convenções Internacionais, destacando dentre eles o direito à moradia adequada:

Nós reafirmamos e somos orientados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, e ratificamos nosso compromisso de garantir a realização integral dos direitos humanos estabelecidos nos instrumentos internacionais e, especialmente neste contexto, o direito a moradias adequadas, conforme previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Infância, considerando que o direito à moradia adequada, conforme estabelecido nos acordos internacionais anteriormente mencionados, deve ser alcançado progressivamente.

²¹ **Convenção sobre os direitos da criança.** Adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 07/11/2012.

²²BRASIL. **Agenda Habitat para Municípios.** Disponível em: <http://empreende.org.br/pdf/Programas%20e%20Pol%C3%ADticas%20Sociais/Agenda%20Habitat%20para%20Munic%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 14/10/2012.

Segue no Capítulo III do documento acima citado a reafirmação da responsabilidade de os Governos permitirem e protegerem que as pessoas tenham uma moradia digna e adequada, pronunciando-se que “nós reafirmamos nosso compromisso para a completa e progressiva realização do direito à moradia adequada, conforme estabelecido nos instrumentos internacionais.”²³

Ademais, também podemos encontrar elementos de proteção à residência e moradia na esfera regional (continental) de proteção de direitos humanos, mormente no Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992.²⁴

Por conseguinte, ante o reconhecimento em vários instrumentos internacionais de defesa e proteção dos direitos humanos, pode-se facilmente concluir que o direito à moradia é tido como um direito humano básico, universal e essencial para um mínimo padrão de vida com dignidade, impondo aos Estados Partes signatários dos Tratados internacionais assegurar, proteger e realizar ações eficazes de modo a garantir este direito a do todo o ser humano.

No ordenamento jurídico brasileiro o direito à moradia passou a ser considerado um direito social somente com o advento da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, a qual deu para o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 a seguinte redação “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Dessa feita, não há a necessidade de maiores discussões acerca de ser o direito à moradia um direito social, tendo em vista a previsão constitucional expressa, em virtude da Emenda Constitucional nº 26 de 2000.

Contudo, apesar da previsão expressa como um direito social do cidadão, também se pode elencar e conceituar o direito à moradia como um direito pertencente ao rol dos direitos e garantias fundamentais.

²³BRASIL. **Agenda Habitat para Municípios.** Disponível em: <http://empreende.org.br/pdf/Programas%20e%20Pol%C3%ADticas%20Sociais/Agenda%20Habitat%20para%20Munic%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 14/10/2012.

²⁴BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Carta de adesão depositada em 25 de setembro de 1992. Entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm

Para conceituar e trazer elementos acerca dos direitos e garantias fundamentais, pertinente fazer menção aos ensinamentos do nobre constitucionalista José Gomes Canotilho²⁵:

Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantido ilimitadas espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Isso porque, o rol dos direitos e garantias fundamentais, como já referido, está disposto no *caput* e incisos do artigo 5º da Constituição Federal, todavia, consoante orienta a doutrina pátria, este não é um rol taxativo, podendo haver outras garantias a serem protegidas como tal.

Nessa diretriz, destaca-se o §2º do artigo 5º da Constituição Federal²⁶, o qual versa que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sobre a extensão dos direitos e garantias fundamentais brilhante é a lição de Leda Pereira e Celso Spitzkovsky²⁷:

Ponto sobre o qual não se tergiversa em nossa doutrina é o de ser o rol de direitos estampados no art. 5º do texto constitucional, meramente exemplificativo. E ainda que não fosse o próprio constituinte tratou de disciplinar desta forma como bem observa da leitura do artigo 5º, parágrafo 2º, assim redigido [...] Assim sendo, fica claro que além dos direitos listados nos 77 incisos do art. 5º do texto magno, outros poderão ser extraídos desde que compatibilizados com o nosso ordenamento jurídico.

Assim, com base nos diversos Tratados e Convenções Internacionais de proteção aos direitos humanos em que o Brasil é signatário e, da mesma forma, baseando-se nos ditamos da própria Constituição Federal de 1988 (§2º do artigo 5º) o direito à moradia se torna parte dos direitos fundamentais do sistema jurídico brasileiro.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direito fundamentais**. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

²⁶ BRASIL. **Constituição do**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/ConstituiçãoCompliado.htm>.

²⁷ MOTA, Leda Pereira. SPITZCOVSKY, Celso, **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Terra, 1994;

Lúcido esclarecimento nos traz José Afonso da Silva, primeiramente ao afirmar que o direito à moradia não envolve somente a faculdade de ocupar uma habitação, mas sendo exigido que esta tenha dimensões e condições de higiene e conforto adequadas.

Em sequencia o brilhante autor reafirma que ante a sistemática das normas constitucionais em torno do princípio fundamental da dignidade de pessoa humana alinhado com os direitos e garantias fundamentais, o direito à moradia integra o rol destes direitos, nas palavras de José Afonso da Silva²⁸:

[...] envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, com condições de higiene e conforto que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se vê na Constituição Portuguesa (art. 65). Em suma, que seja uma habitação digna e adequada, como quer a Constituição Espanhola (art. 47). [...] É que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido.

Essencial assinalar que estando o direito à moradia como um direito fundamental, protegido constitucionalmente, possui aplicabilidade imediata, redigindo §1º do artigo 5º da Constituição Federal que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”²⁹. Em função deste enunciado trata-se de norma de eficácia plena, a qual gera para o Estado brasileiro a obrigação de estabelecer as medidas necessárias para efetivar o direito à moradia.

Os já mencionados doutrinadores Leda Pereira e Celso Spitzkovsky³⁰ possuem o seguinte entendimento acerca da aplicabilidade imediata das garantias fundamentais:

Não pairam dúvidas de que o objetivo do Constituinte foi o de garantir a aplicabilidade imediata desses dispositivos. Em outras palavras, por força do parágrafo 1º do artigo 5º, ninguém poderá ser privado do exercício de qualquer direito ou garantia fundamental sob a alegação de estar ele previsto em norma programática e, portanto, só ser exercitável depois de

²⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁹ BRASIL. **Constituição do**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompliado.htm>.

³⁰ MOTA, Leda Pereira. SPITZCOVSKY, Celso, **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Terra, 1994;

implementado pelo legislador ordinário, introduzindo o que poderíamos chamar de normas constitucionais de eficácia plena expressa.

Nessa mesma linha cabe trazer à baila as lições de José Joaquim Canotilho³¹ acerca da eficácia das normas constitucionais:

Hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõe uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: 'simples programas', 'extorsões morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer vinculatidade. As 'normas programáticas' é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso: a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da interposição do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes.

Além do próprio texto constitucional não excluir do rol dos direitos fundamentais aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário, deve-se atentar para a teoria da supra legalidade.

Através desta teoria entende-se que o tratado internacional que disponha sobre direitos humanos e que tenha enfrentado o processo de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro sobrepõe-se às normas infraconstitucionais, dispondo-se na hierarquia das normas jurídicas entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

Citada teoria foi amplamente discutida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343³² julgado pelo Supremo Tribunal Federal, apresentando o Emérito Ministro Gilmar Mendes o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos tem um lugar especial dentro do ordenamento jurídico brasileiro, conforme trecho de seu voto ao julgar o referido Recurso Extraordinário:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direito fundamentais**. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

³² BRASIL. Recurso Extraordinário 466.343-1. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.lfg.com.br/material/taques/master_dconst_150807_taqes.pdf.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Pelo exposto, em razão de vários instrumentos de proteção internacional de direitos humanos verifica-se que o direito à moradia é um direito fundamental, sendo tal disposição presente em vários tratados e convenções em que o Brasil é signatário e teve tais legislações incorporadas ao seu ordenamento jurídico.

Dessa maneira, percebe-se que o direito à moradia embora não esteja expressamente previsto como Direito e Garantia Fundamental, possui análoga proteção constitucional, que os direitos expressamente previstos no artigo 5º da Constituição Federal, tais como à intimidade, à honra, à imagem, entre outros e possui proteção jurídica, consoante a explícita doutrina de Sérgio Iglesias Nunes de Souza³³:

Dessa forma, o art. 6º da CF/1988, embora não esteja inserido em um dos incisos do art 5º da CF, por não constar no Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, consta do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e, ainda que o seja, na forma de direito social, como consta do Capítulo II, por meio da Emenda 26. O direito à moradia inserido como direito social constitui uma das formas de tutela pessoal. Não se pode olvidar, ainda, que o direito à moradia, por se constituir em direito essencial do ser humano, está protegido como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana positivado no texto constitucional, como verdadeira consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A, III, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948. De fato, há que se conceber o direito à moradia como elemento primacial do reconhecimento da sua dignidade enquanto pessoa, já que a questão da dignidade, não obstante tratar-se de um valor espiritual e moral, também é instituto de proteção jurídica, daí o direito à moradia estar intimamente relacionado a outros direitos, já que pelo fato de morar sob um teto, em um local determinado, tem-se também direito a outros direitos, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, ao sigilo de correspondência de sua residência, ao segredo doméstico, ao sossego, à educação, à saúde, pois não há como admitir o exercício de um direito sem o outro, porquanto são tão essenciais que se unem em um só indivíduo, de forma que não se pode separá-los integralmente ou definitivamente. Não há como obter vida digna dentro de situações subumanas, como aquelas em que falta, por exemplo, saneamento básico.

No plano constitucional brasileiro observa-se que o direito à moradia está expressamente previsto como um direito social. No entanto, por estar versado em

³³ NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Direito à moradia e de habitação**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 131.

tratados internacionais sobre direitos humanos e, por não serem os direitos e garantias fundamentais dispostos nos incisos do artigo 5º taxativos, o próprio constituinte elevou o direito à moradia ao patamar de direito e garantia fundamental.

Deve-se também observar o que foi acima explanado, que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro possuem característica de supra legalidade.

Por fim, nota-se que o direito à moradia tem natureza jurídica mista, ou seja, é tratado como um direito social de segunda geração, como uma manifestação da segunda dimensão dos direitos fundamentais, mas também possui elementos e características de direitos fundamentais de primeira geração, direitos estes, os quais são uma garantia ao indivíduo ante os demais e contra o próprio Estado, com aplicabilidade imediata.

2 PROTEÇÃO E POSSE DOS BENS PÚBLICOS DOMINIAIS

2.1 Teorias possessórias

A fim de perquirir a possibilidade de o particular ocupar bem público dominial para fins de moradia, faz-se necessário um estudo acerca da posse e sua natureza jurídica sobre estes bens no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo da posse é amplo e carregado de teorias que procuram explicar o seu conceito. Contudo, para este trabalho o estudo da posse será reduzido para três teorias: a subjetiva proposta primeiramente nos tempos modernos por Friedrich Karl Von Savigny; a teoria objetiva, em que o principal defensor foi Rudolf Von Ihering, e ainda, uma terceira teoria relevante para o presente estudo, concepção de Saleilles.

2.1.1 Teoria de Savigny

A teoria subjetiva defendida por Savigny discorre que para a configuração da posse é necessária a configuração de dois elementos, o *corpus* e *animus domini*. O primeiro é o elemento material (objetivo) que nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira³⁴ não se caracteriza como a coisa em si, mas o poder físico da pessoa sobre a coisa, ou seja, é a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa e defendê-la das agressões de quem quer que seja.

O outro elemento, *animus domini* ou *animus rem sibi habendi* é entendido como o elemento intencional, subjetivo, ou seja, a vontade de ter a coisa como sua, de exercer o direito de propriedade como se fosse o titular.

Esta teoria denomina-se subjetiva em razão da análise interior da vontade (elemento psíquico) do indivíduo em utilizar a coisa como se dono fosse.

Dessa forma, diante desta teoria para que se constitua a posse, deve haver conjunção do elemento objetivo *corpus* com o elemento subjetivo *animus domini*,

³⁴ PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 18.

porquanto que sem aquele não existe posse e na ausência configura-se mera detenção.

Portanto, para esta teoria “não constituem relações possessórias aquelas em que a pessoa tem a coisa em seu poder, ainda que juridicamente fundada (como na locação, no comodato, no penhor etc.), por lhe faltar a intenção de tê-la como dono (*animus domini*), o que dificulta sobretudo a defesa da situação jurídica.”³⁵

Com o objetivo de solucionar o impasse de não reconhecer a posse para o locatário, comodatário e outros, Savigny recorreu à teoria da posse derivada, sendo esta a transferência dos direitos possessórios *ius possessionis*³⁶ e não dos direitos de propriedade.

Assim, o possuidor que tiver a chamada posse derivada não possuirá o elemento *animus*, visto que não há a vontade de possuir a coisa como se dono o fosse. “O elemento subjetivo é substituído pelo *animus possidendi*, o que acaba por reconhecer uma posse excepcional, que não importa na intenção *sibi habendi*, mas *possiendi*.”³⁷³⁸ O *animus possidendi* na teoria da posse derivada tem por objeto o *ius possessionis* transferido pelo possuidor originário, e a intenção de tê-lo, conforme Barbara Araujo citando José Carlos Alves Moreira.³⁹

Por conseguinte, foi por contrariar a própria tese que Savigny demonstrou falhas em sua teoria, consoante as palavras do ilustre autor Arnaldo Rizzardo⁴⁰, explicando que:

[...] admitindo a posse sem a intenção de dono, Savigny mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre o ânimo exigido para a posse e o ânimo do proprietário propriamente dito. No primeiro caso, o ânimo é mais que representação (*animus repraesentandi*). No outro, o arrendatário, o locatário e o usufrutuário estariam representando o arrendante, o locador ou o nu-proprietário, situação, no entanto, diferente daquela que a realidade apresenta.

³⁵ PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.19.

³⁶ “Ius possessiones é uma relação jurídica inerente à posse, pura e simplesmente” LOPES, Miguel Maria de Serpa apud BINHOTE, Juliana Molina. **A concessão real de uso para fins de moradia e a posse de bens públicos**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

³⁷ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 68.

³⁸ Ius possiendi 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.

³⁹ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 68.

⁴⁰ Arnaldo Rizzardo apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, nota 19, p. 51.

Não tardou, contudo, a ocorrer críticas à teoria subjetiva, sendo a teoria desenvolvida por Rudolf Von Ihering a principal teoria a contrapor-se à teoria de Savigny, a qual se passa a analisar.

2.1.2 Teoria de Ihering

A teoria proposta por Ihering foi por ele próprio denominada de teoria objetiva, pois para este autor é suficiente o elemento objetivo *corpus* para a configuração da posse, tornando-se desnecessária a verificação do elemento psíquico da vontade e intenção do indivíduo.

Nesse sentido, o elemento material *corpus* é a relação que existe geralmente entre a coisa e o proprietário, ou seja, a aparência da propriedade. Este elemento material é a conduta externa da pessoa, que se apresenta numa relação semelhante ao procedimento normal de proprietário.⁴¹

Já o elemento psíquico da posse não revela a intenção, vontade de dono, mas sim no agir como habitualmente faz o dono, ou seja, tem posse quem se comporta como dono na relação com a coisa, independentemente da intenção de ser o proprietário, e, assim, neste comportamento já se verifica o *animus*.

Desta feita, a teoria objetiva distingue-se da subjetiva, pois para esta só haverá posse se houver a vontade, intenção do indivíduo em utilizar a coisa como que se dono o fosse. Para aquela, o elemento *animus* está “tão somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*)”⁴².

Logo, o indivíduo ao agir em relação à coisa possuída da mesma forma com que o proprietário agiria, configurada está a posse, a não ser que ocorra uma situação prevista em lei que descaracterize tal circunstância, configurando-se mera detenção.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 20.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Também, a teoria preconizada por Ihering está ligada a utilização econômica da coisa, “o que sobreleva no conceito de posse é a destinação econômica.”⁴³

Pela desnecessidade de verificação da vontade do indivíduo em ser proprietário da coisa e pelo conceito de destinação econômica, o locatário, comodatário, arrendatário e usufrutuário, por exemplo, são considerados possuidores, ao contrário do que ocorria na teoria subjetiva.

Dessa forma, conforme José Carlos Moreira Alves citado por Barbara Almeida de Araujo⁴⁴, “Ihering defende que a posse constituiu o interesse jurídico do possuidor, defendido pelo sistema legal, caracterizando, desse modo, autêntico direito subjetivo, uma vez que se considera que os direitos subjetivos constituem interesses juridicamente protegidos”.

Outrossim, importante destacar que o Código Civil Brasileiro versa em seu artigo 1.199 que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”⁴⁵

Pelo teor do citado artigo do Código Civil, pode-se afirmar que este se filiou a teoria objetiva de Ihering e que a posse é conceituada com base na noção de possuidor.

Em função disso, a posse no ordenamento jurídico brasileiro é tratada como um fato que tem relevância jurídica e produz diversos efeitos, entre eles a proteção interdita, o direito à indenização por benfeitorias, direito de retenção, possibilidade de usucapir os bens (ressalvando desde já a proibição constitucional quanto aos bens públicos), direito à percepção dos frutos e a indenização por danos causados pela turbação ou esbulho.

2.1.3 Teoria de Saleilles

⁴³ PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 20.

⁴⁴ Apud ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 73, nota 66.

⁴⁵ BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

Outra teoria acerca da posse que merece destaque e que se mostra relevante para o estudo proposto na presente monografia é a teoria desenvolvida por Saleilles, a qual considera a posse como a exteriorização da utilização econômica.

Saleilles apresenta crítica à teoria subjetiva pelo fato de esta limitar os possuidores aos que tem a vontade de domínio da coisa, assim como, apresenta crítica à teoria objetiva de Ihering sustentando que “a posse não pode ser considerada mera visibilidade da propriedade.”⁴⁶ Isso porque, o autor argumenta que historicamente a posse é anterior ao domínio, ocorrendo autonomia entre a situação da posse ante ao domínio, conforme palavras do próprio Saleilles, citado por Barbara de Araujo⁴⁷:

A teoria por mim proposta para 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 *dominum* resultou demasiado estreita e rigorosa.

Citando José Carlos Moreira Alves a referida autora mostra que Saleilles adotou critérios próprios para a formulação da sua tese da posse como “relação jurídica de apropriação econômica, e não relação jurídica de apropriação jurídica”.

Por conseguinte, nesta teoria o elemento *corpus* é caracterizado como a exteriorização da utilidade econômica da coisa, enquanto *animus*, intenção de desempenhar essa apropriação econômica da coisa.⁴⁸ Desse modo, a posse será para Saleilles “a realização consciente e querida da apropriação econômica das coisas”.⁴⁹

Diante de tais conceituações feitas por Saleilles, pode-se dizer que é a partir desta teoria que surge a teoria social e econômica da posse, conforme elucidado na dissertação de mestrado de Roberta Cristina Paganini Toledo, *in verbis*:

⁴⁶ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.75

⁴⁷ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 75.

⁴⁸ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 76.

⁴⁹ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.76.

O teor dessas considerações leva a crer que, com Raymond Saleilles, nasce a verdadeira teoria social e econômica da posse, com aspiração a uma consciência que confere a esse instituto uma legitimidade que se alicerça inclusive no aspecto social, e não somente no individual, e reconhece a liberdade daquele que julgará um caso concreto de apreciar a existência ou não nele de condições dessa dimensão tão determinante.

Diante de tal lição, nota-se que, ao contrário da teoria de Ihering, para a teoria de Saleilles o critério que diferencia posse de detenção não é previsto pelo legislador, mas é baseado em fatos sociais concretos, os quais caberiam à doutrina elencá-los.

Por este motivo é que a discricionariedade da tese proposta por Saleilles vem sendo apontada como o principal defeito, uma vez que não existem critérios objetivos e seguros para a determinação da posse.⁵⁰

⁵⁰ RODRIGUES, Manuel apud ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 76.

2.2 Proteção e posse dos bens públicos

Explanados os aspectos acerca de algumas teorias possessórias e qual teoria aplica-se no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a discorrer a respeito de alguns aspectos da posse dos bens públicos, especialmente os bens públicos dominiais em face de sua proteção jurídica.

Uma das teses daqueles que defendem a impossibilidade da posse de bem público, autores como Orozimbo Nonato citado por José Alves Moreira, sustentam a tese da insuscetibilidade da posse sobre bens públicos, apontando como fundamento desta o artigo 520, inciso III do Código Civil de 1916⁵¹, dispositivo legal que versa sobre a perda da posse das coisas colocadas fora do comércio.

Isso porque, o artigo 69 também do Código Civil de 1916⁵² determinava que os bens colocados fora do comércio eram insuscetíveis de apropriação e inalienáveis, sendo que o artigo 67 do mesmo Código Civil de 1916⁵³ previa que os bens públicos perderiam inalienabilidade quando a lei assim determinasse.⁵⁴

Assim, pelos fundamentos legais do Código Civil de 1916 que regrou serem os bens públicos inalienáveis e, portanto, fora do comércio, concluiu-se que pela inalienabilidade dos bens públicos estes seriam, da mesma forma, insuscetíveis de posse.

Já no Código Civil vigente o artigo 100 dispõe que apenas 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.”⁵⁵

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 expressamente prevê no artigo 101⁵⁶ que os bens públicos dominiais são alienáveis, devendo apenas observar algumas

⁵¹ BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, art. 520. Perde-se a posse das coisas: III - Pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora de comércio.

⁵² BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, art. 69.

⁵³ BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, art. 67

⁵⁴ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 105.

⁵⁵ BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, art. 100.

⁵⁶ BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, art. 101.

exigências legais para tanto, quais sejam, as exigências dos artigos 17 a 19 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.⁵⁷

Por conseguinte, os bens públicos fora do comércio são apenas os bens de uso comum do povo (praças, ruas, estradas) e os de uso especial (bens que são afetados para uma finalidade específica), conforme analisado em capítulo anterior.

Quanto aos bens dominiais, objeto do presente estudo, estes pertencem ao patrimônio do Estado e não estão afetados a nenhuma atividade específica, por isso, como já visto no capítulo 1.1 integram o domínio privado do Estado e, por este motivo, não podem ser considerados fora do comércio, podendo, assim, ser objeto de posse.

Dessa feita, conforme as palavras de Tupinambá Miguel de Castro do Nascimento citado por Barbara de Araujo⁵⁸, os bens dominiais podem ser objeto de posse:

Os bens públicos dominiais, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, e os bens de uso especial, estes se desafetados, podem ser objeto de posse. A razão é lógica. A partir da desafetação, são alienáveis e, via de consequência, podem ser possuídos. A regra vem do artigo 1.196 do novo Código Civil é básica. Se o ordenamento jurídico brasileiro fez o bem passível de propriedade, o ser objeto de posse é consequência natural.

Outra tese que suscita a impossibilidade da posse sobre bens públicos é a imprescritibilidade destes, ou seja, a vedação à prescrição aquisitiva – usucapião – dos bens públicos, consoante afirma José Moreira Alves citado por Barbara de Araujo⁵⁹ que “a Constituição, também ao vedar expressamente a aquisição da propriedade de bens públicos pela usucapião, estaria criando um óbice ao seu exercício da posse.” Consequentemente, a ocupação de um bem público caracteriza-se como mera detenção e não posse.

Oportuno trazer a doutrina do direito administrativo de Hely Lopes Meirelles acerca da imprescritibilidade dos bens públicos, *in verbis*:

⁵⁷BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Artigos 17 a 19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 16/09/2012.

⁵⁸ TUPINAMBÁ, Miguel Castro do Nascimento apud ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

⁵⁹ ALVES, José Moreira apud ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 106.

A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles.

Esta vedação tem previsão constitucional, porquanto que o §3º do artigo 183 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a Política Urbana, é claro ao versar que “os bens públicos não serão adquiridos por usucapião”⁶⁰, possuindo o Parágrafo Único do artigo 191 também da Constituição Federal de 1988 idêntica redação.⁶¹

Redação semelhante possui o artigo 102 do Código Civil ao regram que “os bens públicos não estão sujeitos à usucapião.”⁶²

Nota-se que tanto a doutrina administrativa quanto os mandamentos da Constituição Federal e do Código Civil não fazem qualquer distinção entre os bens públicos ao prever a imprescritibilidade destes.

Assim, a matéria foi objeto de controvérsia no Supremo Tribunal Federal, sendo editada a Súmula nº 340, a qual dispõe que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”⁶³

Portanto, diante da proibição constitucional e infraconstitucional não é possível no ordenamento jurídico brasileiro a aquisição da propriedade pública por meio da usucapião.

Entretanto, alguns autores advogam que a vedação à prescrição aquisitiva dos bens públicos não implica necessariamente insuscetibilidade da posse destes bens.

⁶⁰BRASIL. **Constituição do.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/ConstituiçãoCompliado.htm>. Artigo 183, § 3º.

⁶¹BRASIL. **Constituição do.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/ConstituiçãoCompliado.htm>. Artigo 191, § único.

⁶²BRASIL. **Código Civil,** 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340** - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149. Dominicais e Demais Bens Públicos – Usucapião.* Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0340.htm. Acesso em: 01/12/2012.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Regis Fichtner⁶⁴ ao tratar sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, instituto que será a seguir referido, *in verbis*:

(...)E já de início é preciso repudiar a tese defendida por alguns, no sentido de que não haveria posse por particulares de bens públicos. Bens públicos que não sejam de uso comum ou afetados a uso especial podem ser objeto de posse. O seu possuidor dispõe inclusive de toda a proteção possessória prevista na lei contra o próprio Poder Público. O único efeito da posse de que o possuidor não dispõe, por expressa disposição legal, é a chamada posse *ad usucapionem*, tendo em vista que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, conforme dispõe o §3º do art. 183 da Constituição Federal.

Destarte, embora haja uma evidente vinculação entre a posse e o instituto da usucapião, não se mostra adequado afirmar que a impossibilidade da prescrição aquisitiva inibe a caracterização de posse.

Refletindo acerca das lições de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁵, o qual escreve que a teoria vitoriosa em nosso ordenamento jurídico é a teoria objetiva proposta por Ihering, afirmando o autor, ainda, que adquire a posse aquele que está em uma situação fática análoga ao comportamento do proprietário, consoante segue:

Para a doutrina de Ihering, dominante em nossa orientação teórica, como vitoriosa no ordenamento positivo, adquire a posse aquele que procede em relação à coisa da maneira como o dono habitualmente faz – *omnia ut dominus gerit*. Para se apurar se alguém a adquiriu, ter-se-à de verificar se no caso ocorre uma situação de fato, análoga à conduta do proprietário, em relação às suas coisas, e, na afirmativa, ter-se-à a relação jurídica possessória.

Ademais, segue o referido autor:

Sempre presente estará o critério econômico, inspiração do binômio “coisa-conduta” do agente, ou seja, “objeto-vontade”. Ainda que venha a faltar um critério legalmente estatuído, a aquisição da posse decorre do princípio de conjunção de seus dois elementos, *corpus* e *animus*.⁶⁶

Assim, ante a explanação de Caio Mário da Silva Pereira ao versar que se adquire a posse através de uma situação de fato e agindo com conduta semelhante

⁶⁴ PEREIRA, Regis Fichtner apud ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 123.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 43.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 43.

ao de proprietário, é possível a caracterização da posse por particular que de fato exerce poderes sobre o bem imóvel público dominial e age como que se dono fosse.

Tal assertiva é muito bem analisada por Barbara Almeida de Araujo em sua dissertação de mestrado, explicando a autora que:

O conceito de *corpus*, segundo o autor alemão (Ihering), está relacionado à aparência de propriedade. Ihering, ao afirmar que não seria admitida a posse nos casos em que não fosse possível o exercício do direito de propriedade, não estava excluindo os bens públicos. Não exclui simplesmente pelo fato de ser viável a aparência de propriedade, a apreensão desses bens pelo homem. Na verdade, existe propriedade desses bens por parte do Estado, ainda que este domínio público esteja marcado por algumas características especiais, o que não é nada impensável diante da multiplicidade de estudos proprietários existentes atualmente. Portanto, se não é negada a posse do bem público pela Administração, e até mesmo pelo particular, que tem uma autorização por parte do Poder Público, parece não fazer sentido não ser caracterizada a posse daquele que tem o poder de fato sobre a coisa pública, sem a permissão estatal. A posse manifesta-se como situação fática gerando posteriormente efeitos jurídicos, independentemente da vontade do titular de propriedade.

Outro contundente argumento trazido pela referida autora de modo a contrapor a ideia daqueles que entendem que a ocupação de bens públicos caracteriza mera detenção é o fato de que a posse é regra dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e os casos de detenção estão expressamente previstos em lei.⁶⁷

Segue a autora, que “não observamos, entretanto, em matéria de posse de bens públicos, qualquer menção específica a respeito de uma suposta detenção, tanto no Código Civil quanto nas leis especiais”.⁶⁸

Por este motivo, é que sendo possível a posse dos bens públicos por particulares, mormente os bens públicos dominiais, tanto aqueles como estes devem demonstrar os mesmos requisitos para ingressar com ações de defesa da posse, uma vez que a defesa da posse é consequência do exercício desta, conforme exposto pela teoria objetiva da posse acima explicada e que é a mais se assemelha ao direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro fundamento que insere o instituto da posse sobre bens públicos exercida por particulares é a edição da Medida Provisória número 2.220 de 04 de setembro de 2001, a qual dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §

⁶⁷ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 110.

⁶⁸ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 110.

1º do art. 183 da Constituição⁶⁹, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.

Explica Paulo Luciano de Souza Teixeira, juiz de direito, que a concessão de uso especial para fins de moradia é obtida pela via administrativa e trata-se de um direito subjetivo público do possuidor.⁷⁰

Trata-se de instituto que possui requisitos que se assemelham ao da usucapião, contudo, deve-se atentar para o fato de que legislador referiu-se expressamente a posse de bens públicos aos dispor sobre os requisitos para a obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia, conforme artigo 1º da referida Medida Provisória:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

O artigo 2º da presente Medida Provisória também é expresso ao qualificar os ocupantes que fixaram moradia em um bem público como possuidores ao prever a concessão de uso especial para fins de moradia coletiva onde não for possível identificar os terrenos ocupados pelos possuidores.⁷¹

Frisa-se que a Medida Provisória 2.220/2001 não faz menção a nenhum requisito específico para a caracterização da posse sobre bens públicos, sendo evidente que ao discorrer sobre a figura do possuidor o legislador está de referindo

⁶⁹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta 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. BRASIL. **Constituição do**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompliado.htm>.

⁷⁰ TEIXEIRA, Paulo Luciano de Souza. BRASIL. **A medida provisória 2220/01 na ótica da função social da propriedade**. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 29 de julho de 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=43bde4a4-13a5-44b6-8b1a-07dceb7f7748&groupId=10136. Acesso em: 14/11/2012.

⁷¹ Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. BRASIL. **Medida Provisória 2220 de 04 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm. Acesso em: 08/11/2012.

ao instituto da posse da doutrina de uma maneira geral. Sendo que, há apenas a ressalva de posse para fins de moradia, uma vez que a Medida Provisória dispõe sobre a concessão especial para fins de moradia.

Logo, fulcro nas teorias possessórias estudadas no presente capítulo, na intenção do legislador em se aproximar da teoria objetiva de Ihering, bem como em parte da doutrina que refere que posse é caracterizada como poder de fato sobre a coisa e conduta compatível com a de proprietário, conclui-se que não há nenhum impedimento legal que desconfigure a posse de bens públicos dominiais em detenção.

2.2 Análise jurisprudencial

Em função do corrente abandono e descaso pelo Poder Público de seus bens imóveis e conseqüente ocupação destes terrenos por pessoas que buscam um local para morar, vem gerando grandes embates judiciais entre estas pessoas e a Administração Pública.

Por conseguinte, várias são as decisões em julgamentos de ações possessórias envolvendo particulares e o Poder Público.

Assim, quando os Tribunais enfrentam demandas possessórias propostas pelo Poder Público, geralmente figurando os municípios no polo ativo, podem-se observar dois entendimentos distintos e antagônicos.

Alguns julgados entendem procedência das ações possessórias de modo a reintegrar, geralmente o município, na posse dos imóveis ocupados por particulares, sustentando que as pessoas que ali residem nunca tiveram a posse do imóvel, tendo o Poder Público a posse jurídica do imóvel em decorrência do domínio público. Assim os interesses públicos são os que devem prevalecer em face dos particulares, como se pode verificar nos julgados analisados na presente monografia.

Exemplo bastante claro deste entendimento é o teor do acórdão da apelação cível nº 70042565051, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Décima Sétima Câmara Cível, Relatora Elaine Harzheim Macedo, julgado no dia 30 de junho de 2011.

O acórdão ora analisado julgou Recurso de Apelação interposto por Jonatas Brum Silveira que se insurgiu contra decisão que concedeu a reintegração de posse ao município apelado de Rio Grande.

Como se denota do próprio relatório do julgamento do acórdão, o apelante residia no terreno de propriedade do município, porquanto que não havia outro local para a sua moradia, sendo que lá ingressou porque o imóvel restava abandonado, ou seja, melhor destinação não estava lhe sendo dada pelo Município, além de ter fundamentado suas razões na função social, conforme relatório explanado pela nobre Desembargadora Relatora Elaine Harzheim Macedo.

Nas razões de julgar exposto pela Relatora denota-se o claro entendimento pela procedência da reintegração de posse ao Município de Rio Grande alegando

que o Réu não demonstrou a posse anterior do terreno e que o Poder Público possui a posse jurídica de seus bens.

Da mesma forma, firmou entendimento no sentido de não ser pertinente a alegação pelo réu de cumprimento da função social da propriedade, da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia, haja vista que o interesse público é que deve prevalecer:

No que tange ao mérito, igualmente nenhum reparo merece a sentença, pois que a área objeto da ação é comprovadamente pública, a inviabilizar a pretensão do demandado.

Ocorre que, com base na teoria de *Ihering*, adotada pelo Código Civil brasileiro (consoante se depreende da definição de “possuidor”, esculpida no art. 1.196), a posse é reservada a quem ostentar “conduta de dono” sobre a coisa. Entretanto, estamos, *in casu*, diante de área pública, em princípio destinada ao uso comum da população.

E, conforme os arts. 99, I, 100 e 102, todos do Código Civil, se denominam bens públicos, os “bens de uso comum do povo”, a exemplo dos rios, mares, **estradas, ruas** e praças, sendo características desses bens a inalienabilidade e a não sujeição à usucapião.

[...]

Considerando-se o caso concreto à luz de todos esses preceitos, depreende-se que o autor não logrou êxito em comprovar o fato constitutivo de seu direito - posse anterior -, uma vez que a área por ele **pretendida é pública**.

Daí se extrai, como conclusão, que há efetiva posse do Município sobre a área, que decorre do próprio domínio exercido pelo Poder Público (posse jurídica). E isso dispensa maiores indagações acerca da sua existência ou anterioridade, ou, ainda, da alegada ausência de demonstração de que a área não possa ser cedida ao uso do demandado.

Tocante à data do esbulho, o requisito restou satisfeito pelo autor da demanda reintegratória de posse, ao apontar a existência de notificação para desocupação do imóvel, levada a efeito em 15.12.2003 (fls. 07/08). E, não havendo a desocupação, configurado está o esbulho, que se verifica, uma vez que o particular somente pode exercer legitimamente a posse exclusiva sobre bens públicos mediante autorização, concessão ou permissão da Administração.

[...]

Todavia o réu, *in casu*, não possuía qualquer autorização prévia do Município autor para ocupação da área, muito pelo contrário.

A invocação acerca da função social da propriedade e da preservação da dignidade da pessoa humana ou, ainda, do direito fundamental à moradia não tem qualquer pertinência, até porque, como observado na **APC nº 70041893751**, cuja ementa segue mais abaixo, “a pretensão do autor não obstaculiza o exercício de qualquer direito assegurado ao apelante, visando, apenas, resguardar o interesse público, deve ser observada, aqui, a preponderância do interesse público sobre o privado”.

Na Apelação cível nº 70049583966⁷², Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Pedro Celso Dal Prá, julgado dia 23 de

⁷² BRASIL. Apelação nº 70049583966. Posse (bens imóveis). Ação de reintegração de posse. Posse jurídica suficientemente demonstrada. Área pública pertencente a município. Esbulho caracterizado. Disponível em:

agosto de 2012, havia uma ocupação de imóvel público pertencente ao Município de Santo Ângelo e este ingressou com Ação de Reintegração de Posse em face de Romeu Luiz Pazdziora.

Em primeira instância a demanda foi julgada procedente, sendo concedida ao município a reintegração da posse no imóvel, tendo o particular interposto recurso de apelação alegando haver provas testemunhas que comprovam que ele lá reside há mais de 20 (vinte) anos, sempre exercendo a posse mansa e pacífica e pleiteando indenização pelas benfeitorias que realizou no local.

O Juízo *ad quem* entendeu pela manutenção da sentença que concedeu ao Município de Santo Ângelo a reintegração na posse do imóvel, sustentado que a posse do imóvel decorre diretamente do domínio exercido pelo Poder Público (posse jurídica), sendo desnecessária maiores discussões acerca existência de posse anterior, conforme pode-se melhor observar com transcrição de trecho da decisão do relator, *in verbis*:

Desse modo, há efetiva posse do Município sobre a área, que decorre do domínio exercido pelo Poder Público (posse jurídica), dispensando, assim, maiores elucubrações acerca da sua existência ou anterioridade, ou, ainda, da alegada permanência do réu sobre o imóvel por mais de 20 anos. Somado a isso, evidente o esbulho, uma vez que o particular somente pode exercer legitimamente a posse exclusiva sobre bens públicos mediante autorização, concessão ou permissão da Administração. Todavia o réu não possuía qualquer autorização prévia do Município autor para ocupação de parte da área pública, de modo que efetivamente estão presentes os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil. Dessa forma, ainda que adentrasse na análise dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, a procedência da demanda se impunha.⁷³

De observar que o relator do acórdão ora analisado alegou não ser pertinente a alegação pelo réu de preservação da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à moradia, pois estes interesses são contrários a preponderância do interesse público inerente aos bens públicos, segue outro trecho do acórdão:

Sob outro viés, a invocação da preservação da dignidade da pessoa humana, do direito à propriedade ou, ainda, do direito fundamental à moradia não tem qualquer pertinência no caso em análise, uma vez que a

http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70049583966&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520<Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em: 10/11/2012.

pretensão do autor não obstaculiza o exercício de qualquer direito assegurado ao apelante, visando, apenas, resguardar o interesse público. Deve ser observada, aqui, a preponderância do interesse público sobre o privado. De qualquer sorte, não se está ignorando o direito à moradia do autor, apenas que isso não lhe confere o direito subjetivo de ocupar áreas públicas, sem a necessária anuência do ente estatal.

Portanto, nota-se que a ação de reintegração de posse foi favorável ao Município de Santo Ângelo, muito embora o réu utilizasse o bem público dominial como sua moradia.

Entendimento semelhante pode ser observado na 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação cível de acórdão nº 0172821-35.2008.8.26.0000, Relator Castilho Barbosa, comarca de Itu, julgamento ocorrido no dia 06 de março de 2012.⁷⁴

Trata-se também de Reintegração Posse, tendo como Autora Prefeitura Municipal da Estância Turística de Itu e como ré Ana Cristina Domingues Zeri.

Em primeira instância o Magistrado entendeu não estarem presentes os requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil⁷⁵, alegando que caberia a autor (Município de Itu) comprovar o exercício da posse e o esbulho possessório praticado pelo réu, o que não ocorreu na instrução processual, porquanto que o autor não comprovou o ato de esbulho porque nunca exerceu a posse do imóvel, fato que teria sido comprovado por testemunhas, julgando assim, improcedente a ação de reintegração de posse.

Todavia, o Tribunal *ad quem* reformou a decisão de primeira instância fundamentando-se em anterior jurisprudência do mesmo Tribunal, a qual menciona a Súmula 340 do STF⁷⁶ e que dessa forma, a ocupação de bem público configura mera detenção e não induz a posse a ser protegida em ação possessória.

⁷⁴BRASIL. Apelação nº 0172821-35.2008.8.26.0000. Reintegração de Posse Área invadida (bem público) Esbulho possessório Ocupação por particulares que construíram moradia Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6006731&v1Captcha=hyykw>. Acesso em: 03/10/2012.

⁷⁵BRASIL. **Código de Processo Civil**, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 18/10/2012. Artigo 927.

⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340** - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: *Imprensa Nacional*, 1964, p. 149. **Dominicais e Demais Bens Públicos – Usucapião**. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0340.htm. Acesso em: 01/12/2012.

Afirmam ainda que sendo o bem público ele deve ter destinação pública, não podendo servir a interesses privados, destacando-se trecho do acórdão ora estudado:

Isto porque ocupantes de áreas públicas não podem ser considerados possuidores, mas meros detentores. A posse somente pode ser exercida sobre bem a ela suscetível, situação inaplicável no caso dos bens públicos não vocacionados à posse “uti singuli” ou de qualquer outro caráter não correspondente ao bem dominical; até mesmo quem como mero detentor de bem público não pode vindicar posse. A consequência disso, ou o resultado desta condição, independentemente de boa-fé ou não, é que não poderá reclamar por indenização em razão de benfeitorias (úteis, necessárias, voluptuárias). Ademais, na condição de mero detentor do bem, a ocupação que se dera era de todo precária, podendo ser desfeita a qualquer tempo, diante da impossibilidade de poder se valer das defesas comuns àqueles que detêm a posse.

Destarte, conclui-se que há um entendimento jurisprudencial que afirma que os particulares não possuem direito de moradia e ocupação de bens públicos dominiais sem a autorização do Poder Público, afirmando ainda que os particulares não detêm a posse desses bens em razão da posse jurídica advindo do domínio da Administração Pública sobre estes bens.

No entanto, o atendimento a função social da propriedade dos bens públicos e ao direito constitucional à moradia também encontra respaldo em algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O primeiro caso a citar é o julgamento da Ação de Reintegração de Posse proposta pelo Município de Capão da Canoa em face de vários réus que construíram moradias sobre terreno abandonado de propriedade do citado Município.

O acórdão é da Apelação Cível nº 70045698818, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Décima Sétima Câmara Cível, Relatora Bernadete Coutinho Friedrich, julgado no dia 22 de março de 2012.

A Ação de Reintegração de Posse proposta pelo Município de Capão da Canoa foi julgada improcedente, tendo o Magistrado *a quo* acolhido as razões de defesa dos réus que sustentaram a aplicação do instituto da *supressio*, instituto este que extrapola o presente estudo, mas também acatou os argumentos de respeito a função social da propriedade, direito à moradia e dignidade da pessoa humana.

Este julgamento mostra com clareza o embate de direitos que se ventila nesta monografia, o domínio público, a proteção dos bens públicos e direitos de propriedade pertencentes à Administração Pública em face da função social da

propriedade e do direito à moradia, entendeu o juízo que estes é que devem prevalecer.

No presente caso analisado, tanto o juiz de primeira instância como o Tribunal *ad quem* reconheceram a boa-fé dos moradores que utilizavam o imóvel de propriedade do município que estava abandonado, até mesmo porque, muitos deles haviam adquirido os direitos possessórios de terceiros que já residiam no local há muitos anos.

Além disso, restou demonstrado nesta Ação que o município autor ficou inerte por vinte anos ante as moradias erguidas pelos réus e ainda realizaram obras de infraestrutura, gerando uma legítima expectativa aos réus, no entendimento dos Magistrados.

A Relatora Bernadete Coutinho Friedrich ao julgar a Apelação interposta pelo Município de Capão da Canoa utilizou como razões de julgamento aquelas explanadas na sentença de primeira instância que julgou improcedente a demanda proposta pelo Poder Público.

Nota-se que o entendimento dos juízes de que os bens públicos dominiais devem obedecer aos ditames da função social da propriedade e que o direito à moradia deve prevalecer em face dos direitos de propriedade do Poder Público, principalmente quando este deixa seus imóveis abandonados, segue trecho do acórdão que manteve a decisão de primeira instâncias pelos próprios fundamentos:

Sendo assim, embora ainda existente a proteção jurídica aos bens públicos, quanto aos bens classificados como dominiais, esta deixou de ser absoluta, abrindo espaço para os direitos sociais e a função social da propriedade, ainda que excepcionalmente.

Nesse caso em concreto, presente essa excepcionalidade.

Alguns réus demonstraram estarem presentes no imóvel há mais de 25 anos (documentos de fls. 69V, 72 e 87), sempre tendo utilizado tais imóveis para a sua moradia, realizando assim, a função social da propriedade. Outros demonstraram que não se apropriaram dos imóveis, apenas adquiriram, compraram de terceiros que já exerciam a posse há muitos e muitos anos no local, demonstrando estarem na posse dos imóveis de boa-fé (documentos de fls. 41-44, 55-57, 71-75, 98-100).

Conforme demonstra as fotos juntadas aos autos, além da inércia de mais de 20 anos do Município de Capão da Canoa, este ainda exerceu atividades que geraram uma justa expectativa de direito aos réus.

[...]

Cabe destacar ainda que, embora presente uma colisão de interesses entre particulares e um ente público que representa toda uma coletividade, a inércia do autor demonstra a ausência de necessidade destes imóveis para o Município.

No entanto, para os particulares são de extrema necessidade, já que utilizados para a construção de suas moradias.

[...]

Além do direito à propriedade que salva-guarda as pretensões do Município de Capão da Canoa, também presentes em favor dos réus o princípio da dignidade da pessoa humana, valor que constitui o alicerce da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da CF) e é alcançada também quando a moradia é garantida e digna (art. 6º, caput, da CF).

A efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e a criação de políticas sociais a fim de conceder aos cidadãos uma moradia digna são deveres do Estado como um todo e a concessão da reintegração neste caso se contrapõe a tais direitos.

A defesa do direito a propriedade não se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda neste caso em que visa somente para a prática do exercício efetivo dos direitos decorrentes do domínio há muitos anos não praticados pelo Município, culminando com o desalojamento de pessoas humildes, carentes socialmente.

[...]

E, diga-se, como o próprio apelante refere em suas razões de recurso, o instituto da *supressio* pressupõe um agir de tal maneira que crie no outro a expectativa de que um direito não mais será exercido, o que resta demonstrado na espécie, pois, a inércia da municipalidade em exercer seu direito de propriedade (donde decorre o direito à posse) impingiu nos apelados a idéia de que não mais seriam retirados dos imóveis, levando-os a erigir acessões que hoje lhes servem de moradia, humildes, é verdade, mas que, por isso mesmo, denotam a realização da função social da posse no caso concreto.

Em razão disto, exsurge inafastável a proteção àquele que deu destinação social à posse, utilizando o imóvel como moradia, ainda que sabedor de que se trata de bem público, em detrimento daquele que, inicialmente detentor do direito à posse, não o exerce ao longo do tempo, desviando da função social reclamada pelo direito contemporâneo.

Outrossim, não se há de olvidar que o apelante, em suas manifestações, não logrou fazer prova bastante no sentido de que a retomada dos imóveis tem por escopo dar-lhes destinação social ou economicamente coletiva, de modo que a retirada dos atuais ocupantes pela singela razão de que a titularidade recai sobre o Município não pode, no caso concreto, prosperar.

De dizer, ao final, que o direito reconhecido na espécie, ao contrário do sustentado pelos nobres representantes do *Parquet* que atuaram no feito, não constitui burla ou entrave aos princípios que regem os registros públicos e a conseqüente translação da propriedade imobiliária, porquanto não se está, aqui, declarando o direito de propriedade dos apelados, mas, apenas, afastando o esbulho que o apelante sustenta praticado, em razão de sua inércia para com a proteção jurídica ao seu direito possessório. Via de conseqüência, não há falar em indenização pelas acessões erigidas pelos apelados.⁷⁷

A prevalência do direito constitucional à moradia e do princípio da função social da propriedade sobre a proteção conferida aos bens públicos e direito de propriedade e possessório do Poder Público é o entendimento do Relator Guinther

⁷⁷BRASIL. Apelação nº 70045698818. Posse. Bens imóveis. Ação de reintegração de posse. Município de capão da canoa. Pretensao de retomada de imóveis invadidos e/ou ocupados com base em compra e venda de direitos possessórios. Área pertencente ao município. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70045698818&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70045698818&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 17/09/2012.) Acesso em 17/09/2012.

Spode da Apelação de acórdão nº 70045204302, Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferindo letrado voto.

O recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é em Ação movida pelo Município de Santa Maria que tinha como pretensão ser reintegrado na posse de área que lhe foi doada pela extinta *Rede Ferroviária Federal, Sociedade Anônima (RFFSA)* localizado na área pertencente a Estação Central Férrea de Santa Maria, Bairro Neumayer, área esta que por um longo período restou abandonado pelo município, sendo ocupado por particulares que lá construíram suas moradias.

Apreciada a questão em primeira instância, a demanda foi julgada procedente em favor do Município de Santa Maria.

Interposto recurso de Apelação a decisão de primeiro grau foi reformada, julgando improcedente a Ação de Reintegração de Posse proposta pelo município.

Discorre o Eminentíssimo Desembargador Relator que ele não ignora que a município é o proprietário da área de terras e que, por isto, esta não pode ser objeto da usucapião, mas que não há vedação para aplicação do §4º do artigo 1.228 do Código Civil.

Nesse mesmo sentido, o que nos chama atenção neste julgamento é o fato de que o Nobre Relator expressamente afirmou que existe um embate de direitos, entre os direitos de propriedade do Município de Santa Maria fundamentados nos artigos 1.196 e 1.228 do Código Civil e o direito à moradia e habitação, direitos estes de hierarquia constitucional superior e que, portanto, devem prevalecer, conforme trecho do acórdão:

A área de terras em que localizadas as moradias dos apelantes é área pública. Impossível é o reconhecimento do usucapião. Não seria possível aqui sequer antever a possibilidade de as famílias que lá estão localizadas utilizarem-se do usucapião coletivo do Estatuto das Cidades.

[...]

Todavia entendo que o apelo deva ser provido. Não pelos fundamentos declinados em recurso, mas por outros, sociais e constitucionais que, pelo resultado, haverá de trazer pacificação social.

Sob esta óptica toda particular do presente caso concreto passo a apreciar a lide e dar a justa composição ao conflito social.

[...]

Não foge à minha percepção que o real proprietário da área seja o município de Santa Maria (ou ainda, possa ser). A área não pode ser usucapida, mas todo o bem dominical pode ser objeto da privação de que trata o § 4º do art. 1228 do CC. Não há esta vedação. Assim como não há a vedação de proferir sentença em que se julgue improcedente a reintegração de posse em face de direito maior, qual seja, o constitucional à moradia.

Há aqui o embate de direitos. O do município de Santa Maria à fruição dos direitos que emergem dos arts. 1.196 e/ou 1.228 do CC, quando consideradas presentes as condições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, também do CC. E justifico. Neste sobredito embate de direitos apresenta-se às escâncaras a primazia do direito à habitação e moradia que se erige em direito constitucional, de hierarquia superior.

Quero deixar clara a responsabilidade que todos os entes públicos, ainda mais os municipais, possuem quanto ao desenvolvimento social deste país. O interesse do apelado no presente caso é puramente patrimonialista, na medida em que tenta se apossar de uma área de terras. De outro lado estamos aqui, o Poder Judiciário representado, por este relator e pela egrégia 19.^a Câmara Cível, escudado pela sempre diligente presentante do Ministério Público (Dra. Zuleika Pinto Costa Vargas) que, como *custos legis*, que também se preocupa em dar um mínimo de dignidade às pessoas que estão à margem de um direito fundamental. É por isto que afirmo que minha divergência com a douta Procuradora de Justiça era apenas parcial. Somente para explicitar, refiro que quem está à beira de uma rodovia, numa barraca de taquaras e lona, nada tem a perder!!! Não se pode voltar as costas a estes movimentos. Por mais que sejamos contrários às invasões e aos desmandos de alguns dos integrantes destes movimentos, não podemos, jamais, ser contra verdadeiras e justas reivindicações de direitos sociais mínimos, como o direito à moradia. Urge dar moradia às pessoas pobres e necessitadas. Ser contra, é ser conivente com o crescimento dos bolsões de miséria, no entorno nas cidades, com o crescimento das favelas, o desemprego e conseqüentemente a fome. O que quero deixar saliente é que, não obstante os inconvenientes da ocupação lançada a efeito, esta é a de menor lesividade. Parece incontroverso que os ocupantes pretendem apenas ver assegurado o seu direito ao mínimo garantido pela Constituição. Por todos os ângulos em que visto o problema social aqui examinado, em especial pela falta de provas acerca da posse anterior, tudo aponta para o provimento da apelação.⁷⁸

Além do exame das questões atinentes aos direitos de posse e propriedade do município e direito à moradia, o julgamento passou também pela análise dos requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil, tendo o julgador firmado entendimento de que o município não demonstrou através da instrução probatória a posse anterior, o que impõe a improcedência à Ação de Reintegração de Posse.

Destarte, pela análise dos julgados acima mencionados denota-se que existe uma clarividente divisão nestes, os quais possuem entendimentos antagônicos entre si o que demonstra a ausência de uniformização da jurisprudência quanto a posse dos bens públicos por particulares que os utilizam como sua moradia.

⁷⁸ BRASIL. Apelação Cível Nº 70045204302. Reintegração de posse. Requisitos. Ônus da prova a cargo do autor. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70045204302&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acesso em: 18/10/2012.

CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho de conclusão de curso, restou evidente que não obstante o regime jurídico diferenciado acerca dos bens públicos, o princípio da função social da propriedade deve ser aplicado sobre a propriedade pública, principalmente sobre os bens públicos dominiais que não são afetados a nenhuma destinação específica.

Como visto, este princípio serve como um comando (poder-dever) que obriga, tanto o proprietário particular como o domínio público, a dar uma eficiente destinação, funcionalização e produtividade para seus bens, de modo a evitar o ócio e abandono destes bens.

Da mesma forma, temos que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente prevê o direito à moradia como um direito social a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26, dispondo tal direito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo sentido, vimos que além de o direito à moradia ser um direito social previsto na Constituição Federal, este pode ser também inserido no rol de Direitos e Garantias Fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, primeiramente porque está inserido em tal categoria de direitos em diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, nos quais o Brasil é país signatário tendo, inclusive, os incorporado ao seu ordenamento jurídico. Em segundo, pois o direito à moradia está intimamente ligado a diversos direitos e garantias fundamentais, como à imagem, à honra e à dignidade da pessoa humana, direitos estes de aplicabilidade imediata.

Outrossim, importante salientar a supralegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em que o Brasil é signatário, concluindo-se que o direito à moradia sobrepõe-se às normas infraconstitucionais, ficando na hierarquia das normas jurídicas entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

De outra banda, podemos concluir que há no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de posse sobre os bens públicos.

Em função disso, se o Poder Público não está efetivando para os seus bens públicos dominiais uma melhor destinação, deixando-os abandonados e

improdutivos, pode-se concluir pela possibilidade de utilização destes bens por particulares a fim de fixar moradia sua e de sua família.

Isso porque, utilizando-se os bens públicos dominiais ociosos para fins de moradia de pessoas de baixa renda, oferecendo assim melhor destinação a tais bens, pode-se dizer que está sendo observado o dever de legal de cumprimento da função social da propriedade.

Além disso, podemos também concluir que pessoas que possuem o bem público dominial que não possuía adequada destinação, estão usufruindo do direito humano do à moradia.

Diante de tais premissas e, com a devida vênia, demonstra-se serem mais adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro as decisões em ações, geralmente possessórias, envolvendo Poder Público e particulares que, apesar do regime jurídico dos bens públicos, estes devem cumprir a função social da propriedade, bem como respeitar o direito à moradia, de modo que a Administração Pública deve respeitar os mesmos requisitos que o particular na defesa da posse.

Por fim, espero que fique deste labor o anseio por uma pesquisa mais sofisticada, compatível com a complexidade inerente a tudo o quanto se relaciona com o tema ora abordado.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública.** Salvador: Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <http://rbdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma de Castro Abe.pdf>. Acesso em: 17/09/2012.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed. Malheiros, 2005.

BINHOTE, Juliana Molina. **A concessão real de uso para fins de moradia e a posse de bens públicos.** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. **Agenda Habitat para Municípios.** Disponível em: <http://empreende.org.br/pdf/Programas%20e%20Pol%C3%ADticas%20Sociais/Agenda%20Habitat%20para%20Munic%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 14/10/2012.

BRASIL. Apelação nº 70045698818. Posse. Bens imóveis. Ação de reintegração de posse. Município de capão da canoa. Pretensão de retomada de imóveis invadidos e/ou ocupados com base em compra e venda de direitos possessórios. Área pertencente ao município. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70045698818&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 17/09/2012.

BRASIL. Apelação nº 70049583966. Posse (bens imóveis). Ação de reintegração de posse. Posse jurídica suficientemente demonstrada. Área pública pertencente a município. Esbulho caracterizado. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70049583966&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em: 10/11/2012.

BRASIL. Apelação nº 0172821-35.2008.8.26.0000. Reintegração de Posse Área invadida (bem público) Ebulho possessório Ocupação por particulares que construíram moradia Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=6006731&vICaptcha=hyykw>. Acesso em: 03/10/2012.

BRASIL. Apelação Cível Nº 70045204302. Reintegração de posse. Requisitos. Ônus da prova a cargo do autor. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70045204302&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acesso em: 18/10/2012.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL. **Constituição do**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompliado.htm.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Artigos 17 a 19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 16/09/2012.

BRASIL. **Medida Provisória 2220 de 04 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm. Acesso em: 08/11/2012.

BRASIL. Recurso Extraordinário 466.343-1. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.lfg.com.br/material/taques/master_dconst_150807_taqes.pdf. Acesso em: 13/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340** - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149. **Dominicais e Demais Bens Públicos** - **Usucapião**. Disponível em:

http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0340.htm. Acesso em: 01/12/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. Cobrança Taxa de uso e ocupação do solo e espaço aéreo. Concessionários de serviço público. Dever-poder e poder-dever. Instalação de equipamentos necessários à prestação de serviço público em bem público. Lei Municipal 1.999/2002. Inconstitucionalidade. Violação. Art. 21 e 22 da Constituição Federal. Recurso Extraordinário 581.947/RO. Pleno. Min. Eros Grau. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613782>. Acesso em: 30 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direito fundamentais**. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Convenção sobre os direitos da criança. Adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 07/11/2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 07/11/2012.

DAMAZO, Estevão José. **Gestão de bens públicos e a função social da propriedade**. Artigo científico. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/602012.pdf>. Acesso em: 23/09/2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade Pública**. Revista Eletrônica de Direito de Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6,

abri/maio/junho, 2006. Disponível na internet em:
<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 27/09/2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. Malheiros, 2011.

MOTA, Leda Pereira. SPITZCOVSKY, Celso, **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Terra, 1994;

NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Direito à moradia e de habitação**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992. Disponível em:
<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 18/10/2012.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 18/10/2012.

PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RANGEL, Helano Marcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. **O direito fundamental à moradia como mínimo existencial**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, 2009.

REIS, João Emílio de Assis. **A função social da propriedade e sua aplicabilidade sobre bens públicos.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4d5b995358e7798b>. Acesso em: 03/10/2012.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Paulo Luciano de Souza. **A medida provisória 2220/01 na ótica da função social da propriedade.** Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 29 de julho de 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=43bde4a4-13a5-44b6-8b1a-07dceb7f7748&groupId=10136. Acesso em: 14/11/2012.