

MARIA EDUARDA MENDONÇA DE FREITAS

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E A OCUPAÇÃO IRREGULAR
DE PARTICULAR EM BEM PÚBLICO**

Brasília

2016

MARIA EDUARDA MENDONÇA DE FREITAS

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E A OCUPAÇÃO IRREGULAR
DE PARTICULAR EM BEM PÚBLICO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília-UniCeub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro

Brasília

2016

MARIA EDUARDA MENDONÇA DE FREITAS

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E A OCUPAÇÃO IRREGULAR
DE PARTICULAR EM BEM PÚBLICO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCeub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, ____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Prof. Examinador: Danilo Porfírio de Castro Vieira

Prof. Examinador: Camila Bottaro Sales

RESUMO

A função social da propriedade resulta cumprida quando esta atende às exigências da legislação. O presente trabalho buscou identificar se é possível na interpretação do direito conceber-se a função social da propriedade urbana como instrumento de proteção de bem público contra ocupação irregular de particular. O direito à moradia é previsto na Constituição Federal como direito social, atualmente, com o crescimento desordenado das cidades, muitos cidadãos se encontram sem um local para morar, e assim, acabam invadindo área pública. Porém, a mera alegação do direito à moradia não tem o condão de permitir a ocupação irregular em área pública, eis que não pode se sobrepor ao cumprimento da função social de bem público, pois este, pertence à toda a coletividade, e não se pode dar maior valor ao interesse de um só indivíduo em detrimento dos interesses de toda a população. A hipótese apresentada responde afirmativamente ao problema proposto, ou seja, a função social da propriedade se vê cumprida quando há conduta adequada ao regime normativo da propriedade, o que não acontece nas ocupações irregulares.

Palavras-chave: Direito civil. Propriedade. Função social. Ocupação irregular. Bem público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A DOCTRINA DA PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL	7
1.1 Propriedade: generalidades.....	7
1.2 Propriedade e função social	12
1.3 Função social da propriedade urbana	17
2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO BEM PÚBLICO E A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE PARTICULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO	22
2.1 A proteção jurídica do bem público e a ocupação irregular de particular na Constituição Federal de 1988.....	22
2.2 A proteção jurídica do bem público e a ocupação irregular de particular no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001)	28
2.3 A proteção jurídica do bem público e a ocupação irregular de particular no Código Civil de 2002	34
3 A TUTELA JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO	40
3.1 Jurisprudência favorável ao não reconhecimento da função social quando da ocupação irregular em bem público.....	40
3.1.1 TJDTF - Acórdão n. 937929, Relator: Rômulo de Araújo Mendes, 1ª Câmara Cível, DJe: 03/05/2016, Pág. 156.....	40
3.2 Jurisprudência desfavorável ao não reconhecimento da função social quando da ocupação irregular em bem público.....	46
3.2.1 TJDTF - Acórdão n. 532799, Relator: Sérgio Rocha, 2ª Câmara Cível, DJe: 08/09/2011, Pág. 84	47
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, consagrado como direito fundamental pela Constituição Federal, está atrelado ao cumprimento de sua função social. De acordo com o Estatuto da Cidade que dispõe sobre os artigos 182 e 183 do permissivo constitucional, a função social da propriedade é cumprida quando esta atende às diretrizes traçadas no plano diretor da cidade.

Este trabalho pretende trazer contribuições em termos práticos e teóricos. Em termos teóricos o trabalho é importante porque busca analisar o cumprimento da função social da propriedade urbana, o que pode contribuir com informações aos estudiosos da área, de modo a fornecer conteúdo para elaboração de futuros estudos. Em termos práticos, este trabalho é relevante pois a questão da ocupação irregular por particular em bem público é importante do ponto de vista do papel do Estado na economia e na sociedade, pois, no Brasil, e principalmente no Distrito Federal, a ocupação por particular em bem público é matéria corriqueira, e acarreta diversas discussões acerca do cumprimento da função social da propriedade pública e do direito à moradia.

Em termos gerais, o presente trabalho busca identificar se é possível na interpretação do direito conceber-se a função da social da propriedade urbana como instrumento de proteção de bem público contra ocupação irregular de particular. A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial a ser desenvolvido nos próximos capítulos da presente pesquisa monográfica.

No capítulo 1, far-se-á uma análise da doutrina contemporânea do direito civil brasileiro acerca das generalidades do direito de propriedade e da propriedade em si, como características, modos aquisitivos, perda de propriedade entre outros. Nos itens subseqüentes deste capítulo, será abordada a função social da propriedade, e mais especificamente, a função social da propriedade urbana.

No capítulo 2 será analisada a função social da propriedade urbana no plano normativo, que está organizada nos ambientes constitucional, da legislação

civil codificada e do Estatuto da Cidade. Impende destacar que a legislação utilizada neste capítulo, será analisada de acordo com a ordem cronológica, onde primeiramente será feita uma análise à luz da Carta Magna, onde serão destacados os artigos pertinentes à função social da propriedade, ao direito à moradia e à função social da propriedade urbana. Em segundo lugar, será feita uma análise à luz do Código Civil de 2002, onde serão analisados os conceitos de propriedade, bens públicos e atos ilícitos. E em terceiro, analisar-se-á a função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001).

No capítulo 3, far-se-á uma análise jurisprudencial da ocupação de particular em bem público. Primeiro será apresentado acórdão de embargos infringentes, com decisão favorável ao não reconhecimento da função social da propriedade urbana quando da ocupação irregular por particular. Em contrapartida, será apresentado acórdão de apelação, onde se reconhece a função social da propriedade urbana quando da ocupação irregular por particular.

O marco teórico adotado neste trabalho é a doutrina contemporânea do direito civil brasileiro. A metodologia utilizada será bibliográfica e documental onde será feita análise de livros doutrinários brasileiros, assim como da legislação e da jurisprudência pátria.

1 A DOCTRINA DA PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Este capítulo trata da doutrina acerca do tema, far-se-á uma pesquisa na doutrina contemporânea do direito civil brasileiro acerca das generalidades do direito de propriedade e da propriedade em si, como características, modos aquisitivos, perda de propriedade entre outros. Nos itens subseqüentes será abordada a função social da propriedade, e mais especificamente, a função social da propriedade urbana.

1.1 Propriedade: generalidades

A propriedade está presente na vida do homem desde a antiguidade. “Na Grécia e em Roma, três instituições se mantinham inseparáveis: a família, a religião doméstica e o direito de propriedade” (NADER, 2013, p. 86). No Direito Romano, a propriedade possuía o *utendi*, o *fruenti* e o *abutendi*, aplicáveis ao direito atual, sendo o poder de usar, gozar e dispor. Essa concepção romana de propriedade foi expandida pela Europa através dos glosadores. Já na Idade Média, com o surgimento dos feudos, a propriedade se tornou sinônimo de poder (VENOSA, 2015, p.169-171).

Com a Revolução Francesa e o Código de Napoleão a propriedade tomou forma como direito absoluto e individual, porém, “esse exagerado individualismo perde força no século XIX com a revolução industrial [...] passa a ser buscado um sentido social na propriedade” (VENOSA, 2015, p.171). Assim, há uma flexibilização do direito de propriedade, onde ao decorrer do Século XX o estado se viu obrigado a alterar essa visão individualista, que agora, deveria estar subordinada à função social (COELHO, 2013. p. 70-73).

A propriedade é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento, como Economia, Filosofia e Sociologia. No Direito, o estudo da propriedade está inserido nos Direitos Reais, também chamado de Direito das Coisas, que por sua vez estão inseridos no âmbito do Direito Privado. A propriedade é considerada um direito patrimonial (NADER, 2013, p. 88-89), e também um direito

amplo, que “fica submetido à senhoria do titular, do *dominus*, do proprietário” (VENOSA, 2015, p. 180).

Diniz (2010, p. 114) conceitua o direito de propriedade como: “o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”. De acordo com Rosenvald (2004, p. 16):

“O direito de propriedade é o mais sólido e amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. É o direito real por excelência, em torno do qual gravita o direito das coisas. É um direito complexo, que consiste em um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto”.

O *dominus* tem o poder de usar, gozar e dispor da coisa, que correspondem os poderes de agir e às faculdades pertencentes ao proprietário (ROSEVALD, 2004, p. 21). Por direito de usar, o *jus utendi*, se entende que o *dominus* pode se utilizar da coisa, sem mudar a sua essência ou, segundo Nader, (2013, p. 90) sem destruí-la. Por exemplo, pode o dono de imóvel morar nele, alugá-lo, ou simplesmente manter o imóvel cercado sem ser utilizado, tudo isso em decorrência da faculdade de usar a coisa (VENOSA, 2015, p. 180-182). Em resumo, o direito de usar “é a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com sua destinação econômica” (ROSEVALD, 2004, p. 21).

O direito de gozar, *jus fruendi*, significa que o proprietário possui o poder de perceber frutos civis e explorar economicamente a coisa (GONÇALVES, 2011, p. 106-107) ou seja, o proprietário possui o direito de extrair da coisa benefícios e vantagens (VENOSA, 2015, p. 182). São exemplos do *jus fruendi* o usufruto e a habitação como formas de gozar da coisa (DINIZ, 2010, p. 115).

E por fim, o direito de dispor, *jus abutendi*, que pode ser material ou jurídico. É “a capacidade de o proprietário de se desfazer do objeto, seja consumindo-o, alienando-o ou dando-lhe qualquer outra destinação, atendidos os requisitos em lei” (NADER, 2013, p. 90). A disposição da coisa ocorre quando, por exemplo, o *dominus* resolve alienar a coisa, já a disposição jurídica pode ocorrer com o usufruto ou a hipoteca (ROSEVALD, 2004, p. 19-23).

A doutrina cita as principais características do direito de propriedade, são elas: a exclusividade (NADER, 2013, p. 91; ROSENVALD, 2004, p. 23; TARTUCE, 2014, p. 123), a perpetuidade (GOMES, 2009, p. 110; ROSENVALD, 2004, p. 24; DINIZ, 2010, p. 116; TARTUCE, 2014, p. 23) e a elasticidade (GOMES, 2009). Como exclusividade podemos entender que o *dominus* possui poder sobre a coisa, excluindo os outros (NADER, 2013, p. 91), pois é impossível que a mesma coisa pertença exclusivamente e simultaneamente a mais de uma pessoa ao mesmo tempo (ROSENVALD, 2004, p. 22).

A propriedade possui caráter perpétuo, também chamado de irrevogável, pois, sua duração não possui limite temporal, e em regra, não se extingue pelo não uso (GONÇALVES, p. 110; TARTUCE, p. 124). Gomes (2009, p. 110) destaca a elasticidade, que pode ser contraída ou distendida quanto ao seu exercício, conforme seus atributos destacáveis são colocados ou retirados.

A propriedade pode ser especificada em plena ou restrita. A propriedade plena se dá quando o titular tem o direito de usar, gozar, dispor e também o direito de perseguí-la e reivindicá-la de quem injustamente a detenha (DINIZ, 2010, p. 120-121), ou seja, quando ela engloba todos os poderes da Lei Civil (NADER, 2013, p. 91). Já a restrita, ocorre quando um ou mais poderes do proprietário são transferidos para outrem, Diniz (2010, p. 120) exemplifica o caso do usufruto, onde o proprietário perde a faculdade de usar e gozar da coisa que agora está em posse do usufrutuário.

Além dessas espécies, a propriedade pode ser dividida em perpétua ou resolúvel. A propriedade perpétua advém de uma das principais características da propriedade que, no caso, seria a perpetuidade. Em caráter excepcional, há a propriedade resolúvel, também chamada de revogável, que ocorre “quando no próprio título de sua constituição, por sua própria natureza ou pela vontade do agente ou das partes, se contém condição resolutiva” (GOMES, 2009, p. 114), um exemplo de propriedade resolúvel é a retrovenda com domínio do comprador (DINIZ, 2010, p. 121).

O poder do dono pode recair sobre coisas móveis ou imóveis. “O problema da extensão do direito de propriedade deve ser encarado sob o aspecto real do poder jurídico de disposição que compete ao titular do direito” (GOMES, 2009, p. 133). A extensão da propriedade de coisas móveis é de fácil delimitação, pois estas ocupam um espaço determinado. Porém, a extensão das coisas imóveis é mais complexa (GOMES, 2009, p. 133), como exemplo, como saber até qual profundidade pode o dono de imóvel cavar em seu terreno.

De acordo com Nader (2013, p. 96), a lei não estabelece exatamente a extensão da propriedade em relação ao subsolo e ao espaço aéreo, se entende que essa extensão deve condizer ao “espaço necessário para a realização de projetos” (NADER, 2013, p. 96). Além da extensão do espaço aéreo e do subsolo, chamada de extensão vertical, Gomes (2009, p.138) salienta também a extensão às partes integrantes, que o autor conceitua partes integrantes como:

“Tudo quanto é incorporado permanentemente ao solo, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano intencionalmente empregado no imóvel pelo proprietário em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade, constitui parte integrante do bem principal”.

As partes integrantes relativas à propriedade se estendem às partes essenciais, ou seja, aquelas que não podem ser separadas da coisa sem destruí-la ou deteriorá-la (GOMES, 2009, P. 139).

A propriedade móvel ou imóvel pode ser adquirida de diversas formas pelos chamados modos aquisitivos de propriedade. A aquisição da propriedade, seja ela móvel ou imóvel, depende de um título ou justa causa, título este que advém da natureza ou manifestação da vontade do homem (NADER, 2013, p. 105).

A aquisição da propriedade pode se dar de maneira originária ou derivada. Na forma originária a aquisição do direito real ocorre sem vínculo causal com a anterior titularidade, porém na forma derivada, no momento da transferência de propriedade, há vinculação causal (PENTEADO, 2014, p. 313).

São considerados modos originários de aquisição a ocupação, usucapião e acessão natural, onde todos os outros modos, como a tradição e a transcrição, são considerados derivados (GOMES, 2009, p. 159). A importância desta classificação se dá pelo fato de que, na aquisição originária, a coisa se une ao patrimônio do comprador, em toda a sua plenitude, sem vício ou gravame, enquanto na aquisição derivada a coisa se incorpora “com os mesmos atributos, restrições e qualidades que possuía no patrimônio do transmitente” (GOMES, 2009, p. 161), ou seja, é adquirida com eventual vício ou gravame anterior.

A propriedade imóvel pode ser adquirida através da usucapião, do registro do título de transferência, da acessão e do direito hereditário. Os modos de aquisição de propriedade estão contidos na lei civil, Rosenvald (2004, p. 44) ressalta que há outras formas de aquisição de propriedade imobiliária, como o casamento em comunhão universal de bens e a adjudicação compulsória. Já a aquisição da propriedade móvel se dá pela usucapião, ocupação, achado do tesouro, tradição, especificação, confusão e comistão.

Do mesmo modo que pode-se adquirir a propriedade também é possível perdê-la. As conjunturas de perda da propriedade originam-se da iniciativa do titular do direito sobre questão relacionada à coisa ou em relação à modificação do direito (VENOSA, 2015, p. 274), ou seja, por se tratar de direito perpétuo, somente pode haver a perda da propriedade ou pela vontade do dono ou por alguma causa legal, em regra, o não uso não implica em perda propriedade (GONÇALVES, 2011, p. 145). A perda da propriedade pode ser voluntária, através da alienação, abandono e renúncia, ou involuntária, pelo perecimento e desapropriação (ROSENVALD, 2004, p. 114).

A perda da propriedade por alienação ocorre quando se transfere o direito de propriedade de uma pessoa para outra, como nos casos de compra e venda, troca e permuta (TARTUCE, 2014, p. 208). Quando o dono da coisa a abandona, seja ela móvel ou imóvel, sem a intenção de ter a coisa consigo novamente, ocorre a perda de propriedade através da aquisição de outra pessoa por usucapião, se forem bens imóveis, ou ocupação, se forem bens móveis. Quando a

coisa perece, há a perda da propriedade, *res perit dominu*, a coisa perece para o dono.

O direito de propriedade é um direito fundamental garantido na Constituição Federal¹, onde se englobam os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, desde que atendam à função social.

1.2 Propriedade e função social

O direito de propriedade é inseparável da função social, é um direito humano essencial, tanto no meio urbano quanto no meio rural (TEPEDINO, 2000, p. 399). A função social está presente no artigo 5º, inciso XXIII, do permissivo constitucional² como uma garantia fundamental. Silva (2014, p. 272) salienta que a Constituição Federal somente garante o direito de propriedade, quando esta atende a função social. Tepedino (2000, p. 429) enfatiza a função social da propriedade como um elemento da estrutura do próprio direito de propriedade, onde reflete tanto em seu conteúdo quanto em seu conceito.

Para Rosenvald (2004, p. 31), a função social “é um princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade”, onde a função social se soma às faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, como um quinto componente que desempenha poder de domínio sobre os outros. A propriedade e a função social se complementam, “como princípios da mesma hierarquia” (ROSENVALD, 2004, p. 29).

De acordo com Fernandes (2000, p. 63), o princípio da função social é condicionante da propriedade privada, onde a função social é utilizada para conciliar os interesses individuais e coletivos. Rosenvald (2004, p. 28) coloca que somente há legitimidade para se proteger um direito individual, se este estiver em consonância com os direitos da coletividade.

¹ Art. 5º. XXII – é garantido o direito de propriedade (BRASIL, 1988).

² Art. 5º. XXIII – a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988).

Dizer que a propriedade deve atender à função social revela a face funcional desse direito real a ser realizado não só no interesse individual, mas de acordo com o interesse social, onde ambos devem estar em uma relação de equilíbrio (PENTEADO, 2014, p. 201). Ou seja, o direito de propriedade se torna “uma complexa situação jurídica” onde estão presentes os poderes do *dominus* concomitantemente com obrigações que devem ser prestadas diante da sociedade (ROSENVALD, 2004, p. 29).

A função social da propriedade impõe limites ao desempenho do proprietário (ROSENVALD, 2004, p. 29), porém, não se refere ao exercício do direito de propriedade. Rosenvald (2004, p. 30) aponta:

“[...] a função social não se relaciona ao exercício de propriedade. Vai além, pois penetra na sua própria estrutura e substância, traduzindo-se em uma necessidade de atuação positiva por parte do titular, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas econômicas hábeis a impulsionar a adequada exploração do bem e a conseqüente circulação de capitais, com a finalidade de promover o desenvolvimento econômico e social [...]”.

A propriedade rural deve preencher determinados requisitos para cumprir a função social. Por exemplo, uma propriedade rural que não respeitar o direito dos seus trabalhadores, não atende à função social (TEPEDINO, 2000, p. 414). A propriedade urbana também deve preencher requisitos para cumprir sua função social, como exemplo, deve atender às exigências de ordenação da cidade (TEPEDINO, 2000, p. 416).

A função social da propriedade não deve ser confundida com suas limitações (ROSENVALD, 2004, p. 30; TEPEDINO, 2000, p. 419; SILVA, 2014, p. 284). A função social alcança a própria substância da propriedade, enquanto a limitação somente alcança o exercício do direito (TEPEDINO, 2000, p. 420). A propriedade sofre limitações em razão por exemplo, do direito de vizinhança e do poder de polícia da Administração Pública (TEPEDINO, 2000, p. 419). Caso não seja cumprida a função social, pode a propriedade sofrer sanções, como a

desapropriação, prevista no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal³ (GAMA, 2011, p. 228).

Contudo, deve-se destacar que a propriedade continua transmissível e exclusiva, e o fato de que a propriedade pode sofrer sanção como a desapropriação, não quer dizer que sua essência será prejudicada (GOMES, 2009, p. 127). De acordo com Tepedino (2000, p. 418), “o proprietário mantém seu status de dono, apesar da necessidade de controle social sobre seu comportamento”, porém, este controle não afasta os direitos de gozo e exercício, ela pode ser considerada uma “mola impulsadora dos direitos de senhoria” (TEPEDINO, 2000, p. 418), pois dificulta o desperdício da própria propriedade.

Na Carta Magna, estão presentes diversos tipos de propriedade, como a propriedade privada, a propriedade urbana, a propriedade industrial, a propriedade pública entre outras. Elas se distinguem pois cada uma está sujeita à diferentes normas e se diferenciam porque a aplicação da função social em cada uma delas se dá de forma diversa, pois o princípio da função social visa a destinação do bem, que pode ser diferente para cada tipo de propriedade (SPANTIGATI 1973, apud. SILVA, p. 276, 2014).

A propriedade pública é aquela que tem como titular entidades de direito público, como a União, os Estados, Distrito Federal, Municípios e suas correspondentes autarquias e fundações de Direito Público (SILVA, 2014, p. 277; DE MELLO, 2003, p. 779), com base no artigo 98 do Código Civil⁴. Os bens públicos podem ser divididos quanto à sua destinação, são eles: i) bens de uso comum do povo, que são aqueles destinados ao uso de todos sem distinções como as calçadas e praças; ii) bens de uso especial, que são os bens destinados à realização de atividades públicas, como as repartições públicas, e também os museus e

³ Art. 182. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...] III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988)

⁴ Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem (BRASIL, 2002).

universidades que os administrados podem dispor; iii) e por fim os bens dominicais, que são os próprios bens do Estado, que não estão destinados ao uso comum nem ao uso especial (MELLO, 2003, p. 780). Sobre as modalidades de bens públicos, Di Pietro (2006, p. 5) salienta:

“existem duas modalidades: os bens do domínio público que se submetem a regime jurídico de direito público (bens de uso comum do povo e bens de uso especial) e os bens do domínio privado, que se sujeitam a regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado pelo direito público (bens dominicais). A principal diferença diz respeito à inalienabilidade dos primeiros [...] e à alienabilidade dos últimos”.

Sobre a função social da propriedade pública, existem divergências doutrinárias em relação à aplicabilidade, ou não, da função social à este tipo de propriedade. A primeira corrente aponta que a função social não se aplica à propriedade quando se tratar de bem público (ABE, 2008) e a segunda defende que a propriedade pública possui função social (DI PIETRO, 2006).

A corrente defendida por Abe (2008), sustenta a não aplicabilidade da função social quando tratar de bem público. Primeiramente, a autora salienta que há distinção entre os princípios do direito de propriedade pública e os princípios de direito da propriedade privada, onde não podemos tratar com equivalência esses direitos (ABE, 2008, p. 137).

A autora também salienta que no Brasil os bens públicos são regidos por diversos regimes jurídicos, como exemplo, praias, terras da marinha e imóveis urbanos, onde possuem destinações diferenciadas (ABE, 2008). Além disso, o titular do bem público, seus administradores e seus beneficiários, são agentes diferentes, ou seja, o titular do bem é o poder público, seus administradores são os gestores públicos e os beneficiários são a coletividade (ABE, 2008, p. 139). Diferentemente do bem privado, onde seu titular, administrador e beneficiário é o dono. Assim, Abe (2008, p. 153) conclui pela incompatibilidade da aplicação da função social à propriedade pública, onde afirma que se aplicável, haveria um “afastamento e enfraquecimento injustificados do regime jurídico público” (ABE, 2008, p. 153), como exemplo, afetaria o princípio federativo, a imunidade tributária, entre outros.

Di Pietro (2006), defensora da corrente contrária, sustenta que o poder público deve garantir o bem-comum e o interesse público, logo, o patrimônio público deve ser utilizado com esta finalidade, podendo se falar assim, em função social da propriedade de bem público. Silva (2014, p. 283) também defende que a função social se aplica aos bens públicos, o autor salienta que a disposição do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal que diz *in verbis* “a propriedade atenderá a sua função social” é suficiente para se entender que a função social se aplicada a todos os tipos de propriedade. Sobre a função social da propriedade pública, Mazza (2015, p. 732) aponta:

“Quanto à propriedade pública, o cumprimento de sua função social, além dos requisitos gerais exigidos para qualquer propriedade, está relacionado com atendimento da afetação específica no caso de bens de uso especial e do uso múltiplo característico dos bens de uso comum do povo”.

Di Pietro (2006) afirma que a função social é inerente aos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial. A aplicação da função social à propriedade privada vem de forma expressa na Constituição, já em relação à propriedade pública, a aplicação da função social vem de forma implícita, que se define por orientações a serem seguidas pelo poder público (DI PIETRO, 2006, p. 2). A função social da propriedade pública impõe um dever ao poder público, o dever de disciplinar e fiscalizar a utilização do bem (DI PIETRO, 2006, p. 2).

É possível a utilização de bem público por particular, pois os bens públicos devem ser utilizados da melhor forma possível para atingir o máximo de proveito à sociedade (DI PIETRO, 2006, p. 2). Como exemplo, o uso de uma calçada, que é de uso comum do povo, para realização de uma feira de arte, neste caso há a utilização de bem público por particular, porém há também benefício para a sociedade (DI PIETRO, 2006, p. 6).

O Poder Público pode limitar ou ampliar o uso do bem público, devendo sempre se orientar pelo interesse da sociedade. Di Pietro (2006, p. 12) conclui pela compatibilidade da função social com a propriedade pública, e salienta que a imposição da função social à propriedade pública impõe um dever ao poder

público, logo, se torna um direito de todos, podendo ser pleiteado através de ações civis públicas e ações coletivas.

1.3 Função social da propriedade urbana

O conceito unitário de propriedade se expandiu e tornou-se maleável, há diversos tipos de propriedade sob regimes legais distintos (PRATA, 2000, p. 186). A Constituição portuguesa distingue dois tipos de propriedade, são elas a pública e a privada, onde a pública se subdivide em propriedade social e propriedade pública propriamente dita, e a privada se subdivide em cooperativa e não cooperativa (PRATA, 2000, p. 188).

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que há diversas estruturas de propriedade, e assim distintas maneiras de cumprimento da função social. Salienta Tepedino (2000, p. 465) que a propriedade sofreu diversas alterações ao longo dos anos, o que resultou em sua fragmentação em vários tipos de propriedade e também na inclusão da função social em sua essência. Corroborando com Tepedino (2000), Gama (2011, p. 236) aponta que existem diferentes formas de propriedade sob regimes jurídicos distintos, como a propriedade urbana, a propriedade rural, a propriedade intelectual e a propriedade acionária.

A propriedade imóvel urbana é disciplinada pelo Código Civil, pelo Estatuto da Cidade e pela Constituição Federal (GOMES, 2009, p. 119). A distinção entre propriedade urbana e propriedade rural é importante e gera divergências na doutrina. Há duas posições, a primeira defende que é considerado urbano todo imóvel que esteja localizado dentro do perímetro da cidade, e que é rural toda propriedade que esteja dentro do perímetro rural. A segunda corrente, com apoio no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504 de 1964), defende que esta distinção, segundo a Lei se dá principalmente segundo a sua destinação, e não quanto à sua localização⁵. Neste sentido, defensores da segunda corrente, Nery e Nery (2012, p. 747) apontam

⁵ “O critério da localização do imóvel é insuficiente para que se decida sobre a incidência do IPTU ou do ITR, sendo necessário observar-se o critério da destinação econômica, conforme já decidiu a Egrégia 2 Turma, com base em posicionamento do STF sobre a vigência do DL n. 57 de 1966 (AgRg no Ag 498.512 – RS, 2 Turma. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. DJe: 16 de maio 2005. (BRASIL, 2005)

que a classificação dos imóveis urbanos se dá “não só pela sua localização na zona urbana, mas também pela destinação que lhes é dada”.

Com a Constituição de 1988, o Direito Urbanístico foi reconhecido como ramo de direito autônomo (FERNANDES, 2000, p. 21). A concepção de urbanismo envolve não apenas a estética da cidade, mas também, o dever de fazer com que a cidade desenvolva sua função social assim como propiciar o bem-estar da coletividade. O urbanismo se dá através da política urbana, Carvalho Filho (2013, p. 17) define política urbana como:

“conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades”.

Carvalho Filho (2013, p. 21) aponta como principais objetivos da política urbana o desenvolvimento das funções sociais da cidade e o das funções sociais da propriedade urbana. Por sua vez, Fernandes (2000, p. 153) sublinha que o principal objetivo da política urbana é “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

A função social da propriedade é princípio estruturante do Direito Urbanístico e o seu cumprimento está correlacionado com o cumprimento ou não das diretrizes previstas em lei (FERNANDES, 2000, p. 63). A função social da propriedade urbana está prevista no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, que diz *in verbis*: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

O Estatuto da Cidade impõe normas que possuem interesse social e que estatuem o uso da propriedade urbana em favor do bem da coletividade (ROSENVALD, 2004, p. 35). O plano diretor, utensílio básico da política urbana, é obrigatório para qualquer cidade com mais de vinte mil habitantes (DI PIETRO, 2014, p. 137), e está disciplinado no Estatuto da Cidade, Silva (2010, p. 138) conceitua plano diretor como:

“Instrumento de atuação da função urbanística dos Municípios, constitui um plano geral e global que tem, portanto, por função sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando o bem-estar da comunidade local”.

Em consonância com Silva (2010, p. 138), Fernandes (2000, p. 153) conceitua plano diretor como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. No plano diretor são traçados os meios e os objetivos da política urbana para o planejamento da cidade. A função social da propriedade urbana é cumprida quando esta atende as diretrizes apresentadas no plano diretor da cidade, ou seja, deve-se atender às exigências do plano diretor para que se dê a configuração da função social da propriedade, é “irrefutável a relação entre o direito de propriedade e o plano diretor” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 343). Fernandes (2000, p. 155) salienta:

“a Constituição confere ao plano diretor atribuição também para, integradamente às diretrizes de ação pública, definir as diretrizes para a legislação urbanística, subordinando a ação privada sobre o solo urbano à função social”.

Na Constituição de 1988 a função social foi definida como elemento imprescindível para se designar os direitos de propriedade imobiliária urbana (FERNANDES, 2000, p. 21). Para Carvalho Filho (2013, p. 19) o bem-estar dos cidadãos já está incluso no desenvolvimento da função social da cidade, para o autor, desenvolver as funções sociais da cidade “representa implementar uma série de ações e programas que tenham por alvo a evolução de vários setores que compõe uma comunidade” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 19).

Para Rodrigues (2002, p.12), a imposição do cumprimento da função social de imóvel urbano não se aplica apenas ao proprietário, mas também aos possuidores e detentores. A partir do momento que se torna detentor, este se obriga com a sociedade a cumprir a função social do imóvel urbano, isto porque, a sociedade não sabe se aquele que está no lote é o detentor, possuidor ou proprietário, “a comunidade como um todo é credora da função social tanto da detenção, quanto da posse de imóvel urbano” (RODRIGUES, 2002, p. 13).

O município disciplinará o cumprimento de sua função social através do plano diretor ou de leis orgânicas locais, que irão dispor sobre o crescimento da cidade, devendo suprimir o crescimento de áreas com fins de especulação (ROSENVALD, 2004, p. 35).

Assim, como os outros tipos de propriedade, a propriedade urbana também pode sofrer sanções (SILVA, 2010, p. 74). O proprietário, possuidor ou detentor deve utilizar economicamente e socialmente seu imóvel urbano, pois somente assim estará cumprindo sua função social (RODRIGUES, 2002, p. 15). Silva (2010, p. 76) destaca a desapropriação como forma de sanção, o autor as divide em dois tipos, previstos na Constituição, são eles: i) a desapropriação comum, que se funda no interesse público, social ou utilidade pública, previsto nos artigos 5º, XXIV⁶ e 182, § 3º⁷, da Carta Magna; ii) desapropriação-sanção que ocorre quando há descumprimento das estipulações previstas para o cumprimento da função social.

Fernandes (2000, p. 154) ressalta que no caso da propriedade que está ociosa ou sendo subutilizada, nesse caso, é possível a intervenção do Poder Público para que haja a garantia do cumprimento da função social, com fulcro no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal⁸. Rosenvald (2004, p. 35) destaca que o artigo citado impõe uma delimitação às sanções do estado, que têm como objetivo adequar o uso da propriedade ao crescimento urbano e ao bem-estar da comunidade. Penteadó (2011, p. 242) aponta que o Estatuto da Cidade impõe estas sanções para serem utilizadas como instrumentos de melhoria do bem-estar da cidade.

⁶ Art. 5º. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988)

⁷ Art. 183. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 1988)

⁸ Art. 182. § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988)

Da leitura do artigo 182, *caput*, da Constituição Federal⁹, Rodrigues (2000, p. 24) destaca que não só a propriedade possui função social, mas que as cidades também possuem função social. Para o autor, as cidades possuem função social pois são formadas por imóveis urbanos e bens públicos, onde ambos cumprem uma função social. Rodrigues (2000, p. 26) vai além, e ressalta que os cidadãos também devem cumprir a função social, e que se cumprirem, sua propriedade urbana e sua cidade por consequência também a cumprirão.

A organização do crescimento das cidades é importante pois faz com que se impeça o crescimento desordenado e a destruição do meio ambiente (RODRIGUES, 2002, p. 29), eis que com o passar dos anos, muitas cidades cresceram de forma desorganizada, gerando violência, espaços obsoletos e danos ao meio ambiente. As normas preocupam-se com a devida utilização do solo para que seus proprietários possam utilizá-lo de forma correta, cumprindo sua função social (VENOSA, 2015, p. 177). O Estatuto da Cidade “tem em mira colocar o cidadão em um local urbano e meio ambiente eficientes onde possa realizar seus desígnios com sua família, no que se denomina desenvolvimento sustentável” (VENOSA, 2015, p. 178).

Deve o administrador público visualizar o crescimento da cidade no futuro, para assim, evitar que a cidade cresça de forma desorganizada e crie aglomerações, que podem gerar segregação residencial (TEPEDINO, 2000, p. 469). Por exemplo, se houver a construção de vários prédios residenciais, com diversos andares e apartamentos, tais construções terão um impacto nos serviços públicos de fornecimento de água, luz e esgoto, logo para evitar tais problemas, o controle deve ser rígido (TEPEDINO, 2000, p. 470).

A função social da propriedade urbana no plano normativo está organizada nos ambientes constitucional, da legislação civil codificada e do Estatuto da Cidade. Seu desenvolvimento será detalhado no próximo capítulo.

⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988)

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO BEM PÚBLICO E A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE PARTICULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Este capítulo trata do ordenamento jurídico acerca do tema. Para compreender como essas temáticas tem sido investigada na legislação, e como elas se relacionam, foi realizada uma análise da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Cidade. Impende destacar que a legislação utilizada neste capítulo, será analisada de acordo com a ordem cronológica, onde primeiramente será feita uma análise à luz da Carta Magna de 1988, onde serão destacados os artigos pertinentes à função social da propriedade, o direito à moradia e a função social da propriedade urbana. Em segundo lugar, será feita uma análise à luz do Código Civil de 2002, onde serão analisados os conceitos de propriedade, bens públicos e atos ilícitos. E em terceiro, analisar-se-á a função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001).

2.1 A proteção jurídica do bem público e a ocupação irregular de particular na Constituição Federal de 1988

A ordem jurídica é uma hierarquia de normas, onde umas estão em situação superior e outras em situação inferior, elas não estão dispostas lado a lado no mesmo plano (FERREIRA FILHO, 2010). A validade jurídica de uma norma se dá através da sua criação de acordo com outra norma e assim em diante, até chegarmos na norma fundamental, que é o fundamento de validade das normas criadas a partir dela (KELSEN, 2009, p. 247). A Constituição Federal é a norma que está no escalão mais elevado do ordenamento jurídico brasileiro, é a lei suprema, todas as leis são a ela subordinada, e nenhuma lei pode ir contra ela (FERREIRA FILHO, 2010, p. 46). Segundo Ferreira Filho (2010, p. 37):

“O termo Constituição é [...] usado para designar a organização jurídica fundamental, [...] por organização jurídica fundamental entende-se, segundo a lição de Kelsen, o conjunto das normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”.

No artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais, o direito de propriedade está previsto no inciso XXII¹⁰ e sua proteção, desde que atenda à função social, está presente no inciso XXIII¹¹. O direito à propriedade é um direito fundamental explícito, que está no inciso XXII que diz *in verbis* “é garantido o direito de propriedade”, porém este direito está condicionado ao inciso seguinte, que fala “a propriedade atenderá a sua função social”. Penteadó (2014, p. 230) salienta que a proteção ao patrimônio é uma garantia fundamental pois protege o proprietário do Estado e de terceiros, porém, tal proteção está condicionada ao atendimento da função social.

A propriedade privada é um direito fundamental, está no mesmo patamar de outros direitos considerados essenciais, como o direito à liberdade e à vida (WATERHOUSE, 1989, p. 724). Porém, a garantia ao direito de propriedade está condicionada ao cumprimento da função social, ou seja, não pode o dono exercê-la somente de acordo com suas vontades, deve também atender aos interesses da coletividade, onde a função social possui o poder de impor ao proprietário um dever (NERY; NERY, 2012, p. 847). De acordo com Rosenvald (2004, p. 29), o legislador inseriu a função social após a propriedade de forma intencional, pois elas se complementam, onde a Constituição somente protegerá a propriedade, se esta cumprir sua função social.

O artigo 6º¹², traz o direito de moradia dentro do rol dos direitos sociais na forma da Constituição. O direito de moradia está ao lado dos direitos de educação e saúde, de acordo com Waterhouse (1989, p. 196) os direitos sociais contidos neste artigo se contrastam com os direitos individuais, onde têm o objetivo de assegurar garantias aos menos favorecidos.

Quando o direito à moradia se choca com o cumprimento da função social de bem público, há prevalência do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, da finalidade, eficiência, conservação e insuscetibilidade da

¹⁰ Art. 5º. XXII - é garantido o direito de propriedade. (BRASIL, 1988)

¹¹ Art. 5º. XXIII – a propriedade atenderá a sua função social. (BRASIL, 1988)

¹² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

posse civil em bem público (COUTINHO, 2005, p. 206). O cumprimento da função social caracteriza princípio fundamental e assim, o Estado está obrigado a garantir sua implementação, caso o particular não esteja utilizando propriedade de forma adequada, seja ela privada ou pública, o Poder Público é obrigado a agir, para resguardar o cumprimento da função social (LEAL, 2005, p. 31).

A propriedade não é somente direito fundamental, é também “uma das bases do sistema socioeconômico do Estado”, por isso, esta se aloca também dentro da esfera da ordem econômica e social (WATERHOUSE, 1989, p. 166). A positivação da função social da propriedade, como direito fundamental e como princípio da ordem econômica faz com que ela possa ser aplicada de forma imediata da pelo Poder Judiciário, sem depender de qualquer outra lei que a complemente (NERY E NERY, 2012, p. 847).

Inserido no Título VII intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira” o artigo 170, incisos II e III¹³, traz a propriedade privada e a função social da propriedade dentro do rol dos princípios da atividade econômica, que tem por objetivo assegurar a todos uma existência digna através da valorização do trabalho e da livre iniciativa. De acordo com Waterhouse (1989, p. 724) este artigo “dispõe que a ordem econômica, baseada nos referidos princípios, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. O legislador atribui à propriedade privada o status de princípio que deve ser seguido pela ordem econômica, porém, de acordo com o inciso III, não se pode utilizá-la de forma absoluta a atender apenas o interesse individual, deve-se também preocupar-se com os interesses da coletividade, (WATERHOUSE, 1989, p. 725). Segundo Rosenvald (2004, p. 30):

“A locução função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize os interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade. (BRASIL, 1988)

propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade econômica adequada às atividades urbanas e rurais básicas, no intuito de circular riquezas e gerar empregos”.

Nos artigos 182 e 183 a Constituição dispõe sobre a política urbana, estes artigos são regulamentados pelo Estatuto da Cidade, que será abordado no tópico 2.2.

No artigo 182, *caput*¹⁴, fala-se que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes, através da política urbana que será executada pelo Poder Público. As diretrizes fixadas em lei citadas são as contidas no plano diretor, disposto no artigo 182, § 1º¹⁵, que o conceitua como instrumento básico da política urbana e o torna obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes.

O § 2º do artigo 182¹⁶, trata da função social da propriedade urbana, *in verbis* “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Deste parágrafo infere-se que a função social da propriedade urbana está correlacionada ao plano diretor, e seu cumprimento somente se dá, se esta seguir as diretrizes traçadas no plano. Impende destacar que a elaboração do plano diretor deve ter participação popular, tanto na fase do legislativo quanto na fase do executivo.

O § 3º do artigo 182¹⁷, trata da desapropriação da propriedade urbana pelo Poder Público quando houver interesse social, necessidade ou utilidade pública. Este parágrafo diz “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”. Neste caso, a desapropriação somente

¹⁴ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988).

¹⁵ Art. 182. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (BRASIL, 1988).

¹⁶ Art. 182. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 182. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (BRASIL, 1988).

pode ocorrer nas hipóteses do XXIV, do artigo 5º¹⁸ e se houver prévia indenização em dinheiro ao proprietário, onde esta indenização corresponderá ao valor real do imóvel (WATERHOUSE, 1989, p. 747).

O § 4º do artigo 182¹⁹, trata da faculdade do Poder Público de exigir que o proprietário particular utilize a propriedade urbana de forma adequada, e caso não o faça, há penalidades. O imóvel urbano que não cumprir sua função social pode sofrer parcelamento ou edificação compulsória, caso não o faça no prazo estabelecido, sucessivamente lhe será cobrado imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana de forma progressiva no tempo (chamado IPTU progressivo), e como última tentativa, a desapropriação-sanção. De acordo com Rosenvald (2004, p. 35) este parágrafo traz a delimitação das possíveis sanções que possuem como objetivo adequar a propriedade ao crescimento da cidade e ao bem-estar da coletividade.

O artigo 183²⁰ trata de um modo aquisitivo de propriedade urbana, diz que quem não for proprietário de outro imóvel urbano ou rural, e possuir por 5 (cinco) anos de forma pacífica e ininterrupta, uma área urbana de até duzentos e cinquenta metros, adquirir-lhe-á seu domínio, chamado de usucapião individual ou de usucapião especial *pro misero* (VENOSA, 2015, p. 231).

A função social da propriedade rural está prevista nos artigos 184 e 186. O artigo 184²¹ traz a desapropriação da propriedade rural por interesse social

¹⁸ Art. 5º. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988)

¹⁹ Art. 182. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988)

²⁰ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 1988)

²¹ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da

quando esta não cumpre a função social, já o artigo 186²² estabelece as exigências previstas para que a propriedade rural cumpra sua função (GOMES, 2009, p. 131). O artigo 191²³ fala da usucapião rural, que se dá quando alguém ocupa por mais de 5 (cinco) anos, de forma ininterrupta e sem oposição, área em zona rural, desde que não seja superior a cinquenta hectares e que a torne produtiva e a utilize como moradia.

A função social da propriedade urbana é consolidada na Constituição, não só como direito fundamental, mas também como princípio da ordem econômica, para garantir a existência digna de todos. O direito de propriedade somente é garantido pela Constituição, se esta atender à função social, no caso da propriedade imóvel urbana, cumpre sua função social quando esta atender às exigências contidas no plano diretor.

Em conclusão, a Constituição de 1988 contém um ambiente normativo detalhado a revelar a propriedade nas dimensões de acesso, titularidade e função. Quanto à função, a Constituição trata da função social como uma dimensão estrutural da propriedade. Tal dimensão deve interferir em toda interpretação de direito que envolva propriedade. Mas não é só na Constituição que existe proteção da função social da propriedade. Ao contrário do que se tem dito, a função social não se trata de mera expressão vaga de sentido. As normas infraconstitucionais buscam explicá-la e regrá-la a fim de que especialmente os bens públicos sejam protegidos contra ocupação e outras agressões ao patrimônio público, como se verá nos tópicos seguintes.

dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei [...] (BRASIL, 1988)

²² Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988)

²³ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (BRASIL, 1988)

2.2 A proteção jurídica do bem público e a ocupação irregular de particular no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001)

A Lei 10.257 de 2001 regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e se intitula, em seu artigo 1º²⁴, de “Estatuto da Cidade”. O Estatuto da Cidade é uma norma dividida em duas partes, a primeira trata das diretrizes gerais e a segunda dos instrumentos de proteção à propriedade urbana. Tais instrumentos contém regramentos com o objetivo de que a utilização do direito de propriedade promova a sua função social.

A promoção da função social, particularmente de bens públicos, está diretamente relacionada com o cumprimento da estrutura normativa do ordenamento jurídico brasileiro, que passa por normas constitucionais do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2002.

O Estatuto estabelece, em seu artigo 1º “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade em prol do bem coletivo, da segurança, e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (ROSENVALD, 2004, p. 35).

Importante ressaltar a hierarquia entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002 utilizada neste capítulo, foi escolhido o critério cronológico. Sobre o Estatuto da Cidade, Venosa (2015, p. 178) destaca:

“Esta lei acabou sendo atropelada pelo Código Civil deste século, pois trata de matérias semelhantes no campo da propriedade. Mais uma vez estamos diante de um microssistema jurídico que se interpenetrará com o Código Civil.”

²⁴ Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. (BRASIL, 2001)

O artigo 2º²⁵ do traz em seu *caput* o objetivo da política urbana, que é ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Para Leal (2005, p. 26) o desenvolvimento das funções sociais da cidade abarca o acesso dos cidadãos à moradia, aos serviços urbanos, entre outros. Carvalho Filho (2013, p. 19) aponta que o desenvolvimento das funções sociais da cidade tem como finalidade o desenvolvimento econômico da cidade bem como promover o bem-estar dos cidadãos, Carvalho Filho (2013, p. 19) destaca:

“Desenvolver as funções sociais de uma cidade representa implementar uma série de ações e programas que tenham por alvo a evolução dos vários setores de que se compõe uma comunidade, dentre eles os pertinentes ao comércio, à indústria, à prestação de serviços, à assistência médica, à educação, ao ensino, ao transporte, à habitação, ao lazer e, enfim, todos os subsistemas que sirvam para satisfazer as demandas coletivas e individuais.”

Sobre o artigo 2º, Carvalho Filho (2013, p. 20) conclui que são objetivos da política urbana o cumprimento das funções sociais das cidades e da função social da propriedade urbana. O autor também destaca a diferença entre funções sociais da cidade e função social da propriedade urbana, onde as funções sociais da cidade possuem uma maior amplitude do que a função social da propriedade urbana, eis que as primeiras estão relacionadas com o desenvolvimento dos setores que atendem às demandas primárias da sociedade, enquanto a segunda, “reflete a adequação da propriedade à ordem urbanística estabelecida no plano diretor” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 20).

Rodrigues (2002, p. 59) ressalta que ao utilizar a expressão “política urbana” o legislador tinha como objetivo se referir às políticas públicas de cada município, onde deverão conter todas as diretrizes gerais para o desenvolvimento

²⁵ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; [...] III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente [...] (BRASIL, 2001)

através do plano diretor. O *caput* do artigo 2º tem como objetivo-meio o desenvolvimento das funções sociais da cidade da propriedade urbana, para alcançar o objetivo-fim que seria o bem-estar dos cidadãos, nos incisos deste artigo, são explicitadas as diretrizes gerais para que se possa alcançar estes objetivos (RODRIGUES, 2002, p. 63).

O plano diretor, instrumento básico e fundamental da política urbana, está positivado em capítulo próprio, intitulado “Do Plano Diretor”, que abrange os artigos 39 ao 42-B. No artigo 39²⁶, fala-se que a propriedade urbana cumpre sua função social quando segue as diretrizes traçadas no plano diretor. Mais uma vez, o plano diretor ganha destaque e status de condição essencial para o cumprimento da função social da propriedade. Na segunda parte do artigo, fala-se das garantias asseguradas ao cumprimento da função social da propriedade urbana, como o atendimento das necessidades dos habitantes e a garantia da justiça social. O plano diretor é essencial, sem ele, não se pode cumprir o previsto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal (RODRIGUES, 2002, p 210), a sua principal razão é determinar o cumprimento da função social da propriedade urbana (GASPARINI, 2002, p. 195).

O artigo 40²⁷ em sua essência traz a importância do plano diretor, em seu *caput* salienta que este é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, e que o plano diretor é uma lei que deve ser aprovada pela Câmara Municipal (GASPARINI, 2002, p. 196). Nos §§ 1º e 2º²⁸, ressalta-se a importância da harmonia entre o plano diretor, o planos plurianual e o plano orçamentário, onde estes devem estar incorporados ao plano diretor, onde o plano deve ser sempre instituído por lei e deverá abranger todo o território da cidade.

²⁶ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei. (BRASIL, 2001)

²⁷ Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (BRASIL, 2001)

²⁸ Art. 40. § 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. § 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo. (BRASIL, 2001)

O plano diretor, após ser aprovado e sancionado deve ser obrigatoriamente revisto pelo menos a cada dez anos, em consonância com o § 3º do artigo 40 (RODRIGUES, 2002, p. 213). Já o § 4º²⁹ do artigo 40, de acordo com Rodrigues (2002, p. 214) “indica os caminhos que deverão ser seguidos para que toda a comunidade [...] possa participar da elaboração de seu novo plano diretor”. No caso de descumprimento das diretrizes do plano diretor aplicava-se uma sanção, porém a sanção que era prevista no § 5º foi vetada por questão de inconstitucionalidade, e ainda não foi debatida no Supremo Tribunal Federal, ficando assim, sem previsão de sanção de descumprimento do plano diretor (GASPARINI, 2002, p. 198).

O artigo 41³⁰, traz em seus incisos, as hipóteses que tornam o plano diretor obrigatório, como a hipótese do inciso I, que apresenta o caso de municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, e o inciso II que torna obrigatório o plano diretor quando a cidade integrar região metropolitana e aglomeração urbana. O inciso I do artigo 41, está em consonância com o artigo 182, § 1º da Constituição Federal³¹, que impõe a obrigatoriedade do plano diretor para as cidades com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes.

O conteúdo obrigatório do plano diretor está no artigo 42³², que traz como elementos obrigatórios do plano diretor: a delimitação das áreas urbanas, as disposições contidas nos artigos 25, 28, 29, 32 e 35 do Estatuto da Cidade, e

²⁹ Art. 40. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. (BRASIL, 2001)

³⁰ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (BRASIL, 2001)

³¹ Art. 182. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988).

³² Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle. (BRASIL, 2001)

sistema de acompanhamento e controle. De acordo com Gasparini (2002, p. 204) o conteúdo do plano diretor não pode ser menor do que o estabelecido neste artigo, “sob pena de negar execução à lei federal” e pode o prefeito incorrer em crime de responsabilidade, com base no artigo 1º, XIV, do Decreto Lei n. 201 de 1967³³.

O plano diretor deve ser instituído por forma de lei, aprovado pela Câmara de Vereadores e sancionado pelo prefeito municipal, após a sanção é promulgada e publicada, e entra em vigor na data indicada na própria lei (GASPARINI, 2002, p. 199). Com base nos artigos 1º, 2º e 39 já analisados, pode-se extrair que o cumprimento da função social está intimamente correlacionado com o cumprimento das diretrizes traçadas no plano diretor. A propriedade urbana, mais especificamente, a propriedade urbana pública deve ser protegida para a garantia do cumprimento de sua função social.

O direito de propriedade de bem público pode sofrer várias lesões, como o desvio de finalidade. Em Brasília existem diversas áreas com destinação específica, áreas destinadas à construção de escolas, museus, lojas, entre outros, logo ao se construir uma casa residencial em uma área pública que é destinada à construção de uma escola, se está ferindo a função social daquela determinada área. O desvio de finalidade é apenas um dos diversos tipos de lesão que a propriedade urbana pública sofrer, outra lesão é a ocupação irregular por particular em área pública.

Em recente acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios³⁴, que trata de um caso de ocupação irregular de particular, a área pública foi lesionada por particular, que lá edificou, sem autorização ou sem seguir as diretrizes impostas pelo Código de Edificações do Distrito Federal (Lei n. 2.105 de 1998). Foi decidido por acórdão, com base no princípio da função social da propriedade, que os particulares lesionaram a propriedade pública, assim como a desviaram da sua função social. O cumprimento da função social se dá pelo

³³ Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente. (BRASIL, 1967)

³⁴ Acórdão n. 937929, Relator: Rômulo de Araújo Mendes, 1ª Câmara Cível, DJe: 03/05/2016, Pág. 156 (Distrito Federal e Territórios, 2016)

atendimento das normas previstas no plano diretor da cidade. Tal caso será melhor analisado no capítulo 3.

Ao lado do Estatuto da Cidade, há também o Decreto Lei n. 25 de 1937³⁵, também chamado de “Lei de Tombamento”, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O tombamento é um instituto consolidado no Decreto Lei n. 25 de 1937 e deve ser interpretado em consonância com o artigo 216 da Constituição Federal³⁶, que traz em seu caput a definição de patrimônio cultural brasileiro como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória de diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. ”

Os bens públicos e privados podem ser tombados, porém, com relação ao tombamento de bens públicos, é necessário salientar algumas peculiaridades. Os bens privados devem atender aos interesses do proprietário e cumprir sua função social, nesse caso, podemos observar a satisfação do interesse do particular e da coletividade. Já os bens públicos devem atender aos interesses da coletividade, e por isso, o Poder Público não pode deixar que estes sejam subutilizados, devendo sempre visar que, mesmo os bens tombados cumpram com suas funções (MARÇAL, 2015, p. 46).

De acordo com Marçal (2015, p. 47), o acesso ao bem público tombado somente pode ser restringindo nos casos em que haja perigo de destruição do bem, em que o bem precise ser protegido, quando seja necessária a preservação da função essencial do bem público tombado. Ou seja, “somente em situações excepcionais o acesso a um bem público sujeito a regime jurídico de proteção especial pode ser proscrito” (MARÇAL, 2015, p. 47). O tombamento faz com que o

³⁵ Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. (BRASIL, 1937)

³⁶ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. [...] § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. (BRASIL, 1988)

bem seja preservado, em sua configuração, porém, são admitidas alterações consideradas necessárias (MARÇAL, 2015, p. 50).

O Estatuto da Cidade, que regula os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, ao lado do Decreto Lei n. 25 de 1937, chamado de Lei do Tombamento, instituem as diretrizes traçadas para a utilização de bens públicos e particulares, para que estes continuem cumprindo suas funções. A ocupação irregular de bem público diz com o acesso pelo particular de bens estatais sem a respectiva autorização, destoando da expectativa, especialmente constitucional de que a propriedade urbana cumpra a sua função social. Cabe no próximo tópico explicitar ideias que permeiam o Código Civil Brasileiro sobre bens públicos, o exercício do direito de propriedade e atos ilícitos.

2.3 A proteção jurídica do bem público e a ocupação irregular de particular no Código Civil de 2002

O particular que ocupa bem público de forma irregular, viola o direito de propriedade do Estado, cometendo assim, ato ilícito. No Código Civil, regulamentado pela Lei n. 10.406 de 2002, estão presentes o conceito e classificação de bens públicos, o direito de propriedade e atos ilícitos.

No Livro II “Dos Bens” em seu Capítulo III “Dos Bens Públicos”, trata-se de bens públicos. São públicos todos os bens pertencentes ao Estado, sejam eles corpóreos ou incorpóreos (VENOSA, 2011, p. 324), também são considerados bens públicos todos os bens destinados à prestação de serviços públicos, mesmo que não pertencentes às pessoas jurídicas de direito público (MELLO, 2012, p. 929).

No artigo 98³⁷ temos o conceito de bem público, *in verbis*: “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”, são pessoas jurídicas de direito público a União, os Estados, o

³⁷ Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (BRASIL, 2002)

Distrito Federal e os Municípios, assim como autarquias e fundações de direito público (MELLO, 2012, p. 929).

Os bens públicos possuem regime especial e suas formas de utilização pelos particulares (MELLO, 2012, p. 940) está prevista no artigo 99³⁸ que apresenta a divisão dos bens públicos em três espécies, são elas: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominiais.

Os bens de uso comum do povo são bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios e à Administração Pública, que detém o poder de reivindicá-los de qualquer pessoa que deles se aposse (VENOSA, 2011, p. 324). Os bens de uso comum podem ser usados de forma irrestrita, livre, desde de que sejam utilizados de acordo com sua função, não há formalidades para seu uso, ou seja, não há necessidade de autorização do Poder Público para utilizá-los. São exemplos de bens de uso comum do povo praças, calçadas e praias (VENOSA, 2011, p. 324). Se o particular desejar utilizar um bem de uso comum de povo para fim diverso, deve pedir autorização à Administração Pública (MELLO, 2012, p. 943), como exemplo, particular requer a utilização de praça pública para a realização de uma festa junina.

Os bens de uso especial, são os bens onde se instalam as repartições públicas (MELLO, 2012. p. 946), utilizados pela Administração Pública para o exercício de sua função, como exemplo os edifícios dos ministérios (VENOSA, 2011, p. 324). Em regra, o uso dos bens especiais se dá respeitando-se as condições dos serviços ali prestados, podendo até mesmo particulares possuírem uso exclusivo de determinadas áreas dos bens públicos, como exemplo museus e teatros (MELLO, 2012, p. 946). Por fim, os bens dominiais, ou também chamados de dominicais, são aqueles pertencentes ao Estado. Os bens dominiais são objeto de propriedade do Estado, como se este fosse um particular (VENOSA, 2011, p. 324),

³⁸ 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. [...] (BRASIL, 2002)

“a utilização por particular, em caráter exclusivo, de bens dominicais pode resultar de diferentes atos jurídicos” (MELLO, 2012, p. 946), como arrendamento, locação, permissão de uso, comodato entre outros.

Os artigos 100³⁹ e 101⁴⁰ tratam da possibilidade de alienação dos bens públicos. Os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, enquanto conversada com sua destinação, não são passíveis de alienação, enquanto os bens dominiais, são passíveis de alienação, pois estes não possuem destinação específica (VENOSA, 2011, p. 324). Venosa (2011, p. 325) ressalta que além de inalienáveis, os bens públicos são impenhoráveis, Mello (2012, P. 932) aponta que a impenhorabilidade dos bens públicos se dá em razão do permissivo constitucional, pois, os bens pertencentes ao Poder Público não podem ser gravados com direito real de garantia, e também que existem outras formas de satisfação de crédito quando o Estado figura no polo passivo como inadimplente (MELLO, 2012, p. 932)

O artigo 102, *in verbis*: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”, em consonância com o artigo 183, § 3º⁴¹, da Constituição Federal, ressalta que os bens públicos não se sujeitam à usucapião, esta regra, de acordo com Mello (2012, p. 932) se relaciona com a imprescritibilidade dos bens públicos, sejam eles de qualquer categoria.

O Código Civil classifica a propriedade como direito real (artigo 1.225, inciso I⁴²), trata do direito de propriedade em geral, em título próprio chamado “Da Propriedade”. O artigo 1.228, *caput*⁴³ apresenta as faculdades do proprietário, como a faculdade de usar e dispor da coisa, interpretando o artigo citado Diniz (2002, p. 106) conceitua o direito de propriedade como: “direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

³⁹ Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. (BRASIL, 2002)

⁴⁰ Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. (BRASIL, 2002)

⁴¹ Art. 183. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 2002)

⁴² Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade. (BRASIL, 2002)

⁴³ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL, 2002)

O artigo 1.228, § 1º⁴⁴ ressalta a necessidade de se exercer o direito de propriedade de acordo com sua finalidade seja social ou ambiental, desta expressão “finalidade social” pode-se extrair a função social da propriedade, ou seja, o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com a função social. Para reforçar a idéia de função social, principalmente na propriedade urbana, o parágrafo em apreço também traz a expressão “lei especial”, ou seja, deve-se exercer o direito de propriedade em conformidade com o exposto em lei especial, no caso da propriedade urbana, o cumprimento da função social está atrelado às diretrizes traçadas no plano diretor da cidade.

O direito de propriedade, relacionado aos bens imóveis, está previsto no artigo 1.229⁴⁵, que delimita a abrangência da propriedade do solo, ou seja, o impõe limite material à propriedade imóvel, que inclui o espaço aéreo correspondente em altura e profundidade consideradas úteis, limitando assim, a utilidade do exercício do direito de propriedade, à proporção da abrangência do solo (DINIZ, 2014, p. 374).

A função social é princípio fundamental e o Estado possui a obrigação de garantir sua implementação, caso o particular não esteja utilizando a propriedade privada e também o espaço público de forma a garantir o cumprimento da função social, o Poder Público é obrigado a agir (LEAL, 2005, p. 31). Quando um particular ocupa um bem público, ao arrepio da lei, sem autorização do Poder Público, pratica ato ilícito. Os atos ilícitos estão previstos nos artigos 186, 187 e 188 do Código Civil, no Livro II intitulado “Dos Bens”. Ao conceituar ato ilícito, Venosa (2011, p. 541) salienta:

“Se o agente dos negócios e atos jurídicos, por ação ou omissão, pratica ato contra o Direito, com ou sem intenção manifesta de prejudicar, mas ocasiona prejuízo, dano a outrem, estamos no

⁴⁴ Art. 1.228. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

⁴⁵ Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. (BRASIL, 2002)

campo dos atos ilícitos. O ato ilícito pode constituir-se de ato único, ou de série de atos, ou de conduta ilícita. ”

O ilícito pode ser civil ou penal, onde ambos implicam no dever de indenizar, porém o ilícito penal ocorre quando o agente pratica um ato que viola norma e ofende a sociedade enquanto no ilícito civil se atenta contra direito individual (DINIZ, 2014, p. 607). O artigo 186⁴⁶, apresenta as hipóteses em que o agente comete ato ilícito, ou seja, comete ato ilícito o agente que causar dano a outro, seja por ação ou omissão. São requisitos imprescindíveis para se configurar um ato ilícito: i) um fato lesivo voluntário, seja por ação ou omissão, com culpa ou dolo; ii) o dano em si, o fato deve necessariamente ter causado um dano a alguém, mesmo que seja apenas dano moral; iii) nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano (DINIZ, 2014, p. 608).

O artigo 187⁴⁷, apresenta outra hipótese de ato ilícito, que se configura quando o agente titular de um direito, ao exercê-lo, se excede, e assim caracteriza-se o direito de indenizar. Importante ressaltar que nesse caso, há ocorrência do uso do poder de forma excessiva que vem a causar um dano a outro, nesse caso, também é necessário indenizar. Diniz (2014, p. 613) caracteriza o excesso como abuso de direito, onde o excesso do exercício do direito aparenta ser um ato legal, porém vai contra “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (Código Civil, 2002, Art. 187), onde o ato abusivo configura violação da finalidade econômica e social (DINIZ, 2014, p. 613), ou seja, quando um particular ocupa bem público sem autorização, este está desviando a finalidade do bem, cometendo assim, ato ilícito.

Em caráter excepcional, há casos em que o agente comete ato que causa dano a outrem, porém, este não se configura como ato ilícito, e não acarreta no dever de indenizar. No artigo 188⁴⁸, temos as hipóteses em que, mesmo

⁴⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

⁴⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

⁴⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente

causando dano, não há o dever de indenizar, quando o agente age em legítima defesa, em exercício regular de direito ou quando o agente age para retirar alguém de perigo eminente, estas hipóteses excluem a responsabilização civil (DINIZ, 2014, p. 613).

Em conclusão, quando o particular ocupa irregularmente bem público, isto é, sem autorização estatal, há no plano fático-jurídico lesão ao conteúdo do direito de propriedade na dimensão da sua função social. A função social de bem público diz com o cumprimento do regime normativo da propriedade, cuja não observação pelo particular, coloca-o no campo da ilicitude.

3 A TUTELA JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO

Neste capítulo, far-se-á uma análise jurisprudencial da ocupação de particular em bem público. Primeiro será apresentado acórdão de embargos infringentes, com decisão favorável ao não reconhecimento da função social da propriedade urbana quando da ocupação irregular por particular. Em contrapartida, será apresentado acórdão de apelação, onde se reconhece a função social da propriedade urbana quando da ocupação irregular por particular.

3.1 Jurisprudência favorável ao não reconhecimento da função social quando da ocupação irregular em bem público

Neste tópico será apresentado acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios favorável ao não reconhecimento da função social quando da ocupação irregular em bem público.

3.1.1 TJDTF - Acórdão n. 937929, Relator: Rômulo de Araújo Mendes, 1ª Câmara Cível, DJe: 03/05/2016, Pág. 156

Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Agência de Fiscalização do Distrito Federal - AGEFIS, manejado contra acórdão de apelação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que reformou parcialmente sentença proferida pelo Juízo da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, em ação de obrigação de não fazer. Neste sentido, o respectivo acórdão:

EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE EDIFICAÇÕES DO DISTRITO FEDERAL. OCUPAÇÃO DE TERRA PÚBLICA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA. DIREITO À MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO AO ARREPIO DA LEI. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA FAZER PREVALECER O VOTO VENCIDO.

1. Não há controvérsia nos autos acerca da ocupação de área pública pelas Embargadas e que estas erigiram sem autorização do Poder Público, em ofensa ao Código de Edificações do Distrito Federal, porquanto não apresentaram Projeto

Arquitetônico, tampouco obtiveram da Administração a necessária licença para construir.

2. O Código de Edificações do Distrito Federal, Lei nº 2.105/98, estabelece critérios de construção, modificação ou demolição de construções no Distrito Federal e o licenciamento das obras de engenharia e arquitetura, prevendo o art. 51 que as obras "em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional".

3. No caso dos autos, a Administração Pública agiu corretamente, eis que as Embargadas não possuem licenciamento para construir e a construção foi feita em área pública, sendo, portanto, passível de imediata demolição, conforme autoriza o § 1º do art. 178 do mesmo Diploma Legal.

4. Forte nesses preceitos normativos, não há exigir-se, no caso, a instauração de prévio procedimento administrativo para que o Poder Público se desincumba do dever legal que lhe é imposto, no exercício do Poder de Polícia, pois o ato em questão goza da prerrogativa da auto-executoriedade, que se exercitará legitimamente, porquanto estribado na lei, considerando não haver controvérsia acerca da irregularidade das construções levadas a efeito pelas Embargadas.

5. Não pode prevalecer o pretense direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal) em face da ocupação irregular de áreas públicas, sob pena de se placitar a perpetração de ilegalidades, dando guarida a pretensões meramente individuais em detrimento do interesse da coletividade na regularidade e adequação da ocupação do solo urbano e rural às normas editadas pelo ente Distrital, acima destacadas, sobre as quais não paira qualquer vício de inconstitucionalidade, de caráter formal ou material.

6. O princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal) não pode ser concretizado ao arrepio da lei, devendo ser efetivado mediante a obediência ao regramento básico de ordenação do solo urbano, segundo as diretrizes do plano diretor de cada cidade, às quais estão vinculados tanto os particulares como a própria Administração. Bem por isso, reza a Constituição Federal que "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (§ 2º do art. 182 da Carta Magna).

7. Não restam dúvidas da legalidade do ato administrativo praticado pela Embargante, eis que pautou sua atuação nos estritos termos da lei, à qual deve observância, não tendo sido comprovado qualquer desvio de finalidade ou abuso de poder no exercício de suas prerrogativas emanadas do Poder de Polícia, razão pela qual, com a devida vênia das substanciosas razões invocadas no douto voto vencedor, há de se dar guarida ao entendimento manifestado no voto vencido.

8. Recurso conhecido e provido, para fazer prevalecer o voto vencido no julgamento da Apelação, mantendo-se, pois, íntegra a sentença instância a quo, que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

(Distrito Federal e Territórios, 2016, grifo nosso)

No caso em apreço, os particulares erigiram imóvel em área pública, sem autorização do Poder Público e como consequência, receberam aviso da AGEFIS, que no exercício de seu dever de polícia, informou que o imóvel seria demolido. Em razão do aviso de demolição, os particulares apresentaram ação de obrigação de não fazer em face da AGEFIS, pleiteando que o imóvel não seja demolido em razão do direito constitucional à moradia.

Em sentença de primeiro grau, julgou-se improcedente o pedido da inicial. Inconformados, os particulares apresentaram recurso de apelação requerendo a reforma total da sentença. Em acórdão de apelação, os desembargadores da 1ª Câmara Cível do TJDF, decidiram pela reforma parcial da sentença de primeiro grau, para que a AGEFIS instaure o devido processo administrativo a fim de que se constate a real situação do bem, para que somente após o fim do processo administrativo, se proceda à demolição.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados na origem. Irresignada com a parcial reforma da sentença, a AGEFIS opôs embargos infringentes. Em acórdão dos embargos infringentes, julgou-se procedente o pedido de reforma do acórdão de apelação da AGEFIS, mantendo assim, a sentença de primeiro grau que indeferiu o pedido de não-demolição da inicial.

O voto vencedor, pertencente ao relator, se baseia no fato de que os particulares construíram imóvel em área pública, ao arrepio da lei e sem o devido alvará de construção, assim, o Poder Público possui, devido ao poder de polícia, auto-executoriedade para demolir o imóvel em questão.

Os particulares invocam em sua defesa o direito constitucional à moradia, previsto no artigo 6º do permissivo constitucional⁴⁹. O relator ressalta que o direito à moradia, previsto no âmbito dos direitos sociais, apesar de se tratar de direito constitucional e fundamental, não pode se sobrepor ao direito da coletividade ao crescimento ordenado do solo urbano.

⁴⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

O relator colaciona parte do voto vencido da relatora do julgamento do recurso de apelação, onde esta ressalta que, o direito à moradia deve ser cumprido de acordo com políticas públicas habitacionais, e não como o particular bem entender, eis que o direito à moradia e a função social da propriedade, previstos respectivamente nos artigos 6º e 5º, inciso XXIII⁵⁰, da Constituição Federal, não concedem ao particular a faculdade de ocupar irregularmente área pública.

Ademais, ainda com base no voto vencedor, fundamenta o relator que, de acordo com o Código de Edificações do Distrito Federal, é necessário o respectivo alvará de construção para se erigir no Distrito Federal, logo, o Poder Público não necessita de instauração de procedimento administrativo para demolir imóvel construído em desacordo com o Código de Edificações do Distrito Federal, não configurando desvio ou abuso de poder por parte da Administração Pública.

O principal argumento dos particulares, ora embargados, recai sobre o direito constitucional à moradia, porém, o artigo 30, inciso VIII do permissivo constitucional⁵¹ prevê que cabe ao ente estatal promover o adequado ordenamento territorial. O relator, em consonância com o voto vencido da relatora do julgamento da apelação, conclui que não se pode invocar o direito à moradia sempre que particulares ocuparem irregularmente bem público, pois assim, se estaria perpetuando irregularidades onde prevaleceria o interesse individual em detrimento do interesse da coletividade de se possuir um adequado ordenamento urbano. O direito à moradia não retira a ilicitude do ato, pois os particulares ocuparam área pública, o direito à moradia não pode se sobrepor aos direitos da coletividade.

Em voto divergente, o desembargador Flávio Rostirola sustenta que o imóvel se encontra em área pública não ocupada, e que a ocupação do local foi consentida pela Administração Pública, eis que há iluminação, rede elétrica e até uma escola no local. No voto divergente, ressalta também que o Distrito Federal possui diversas peculiaridades em relação à ocupação de particular em terras públicas devendo o caso ser analisado sob uma ótica diferenciada. Por tais motivos,

⁵⁰ Art. 5º. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...] (BRASIL, 1988)

⁵¹ Art. 30. VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (BRASIL, 1988)

deve o Poder Público instaurar procedimento administrativo antes da demolição do imóvel.

Os embargos infringentes foram julgados procedentes pela maioria dos votos dos eminentes desembargadores do TJDFT por sete votos a três, sendo o voto do relator, o voto vencedor.

A propriedade é direito fundamental previsto na constituição e também “uma das bases do sistema socioeconômico do Estado” (WATERHOUSE, 1989, p. 166). A propriedade pública é aquela que tem como titular entidades de direito público, como a União, os Estados, Distrito Federal, Municípios e suas correspondentes autarquias e fundações de Direito Público (SILVA, 2014, p. 277; MELLO, 2003, p. 779).

Di Pietro (2006), sustenta que o poder público deve garantir o bem-comum e os interesses da coletividade, o patrimônio público deve ser utilizado visando o interesse dos cidadãos, podendo se falar assim, em função social da propriedade de bem público. Silva (2014, p. 283) sustenta que a função social da propriedade se aplica aos bens públicos, pois, o disposto no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal *in verbis* “a propriedade atenderá a sua função social” é suficiente para se entender que a função social da propriedade se aplicada a todos os tipos de propriedade, seja ela pública ou privada.

A função social da propriedade deve ser cumprida em consonância com a lei, por intermédio do cumprimento dos preceitos estabelecidos no plano diretor da cidade, com base no artigo 182, § 2º, do permissivo constitucional⁵², *in verbis*: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

O Estatuto da Cidade “tem em mira colocar o cidadão em um local urbano e meio ambiente eficientes onde possa realizar seus desígnios com sua família, no que se denomina desenvolvimento sustentável” (VENOSA, 2015, p. 178).

⁵² Art. 182. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988).

As normas preocupam-se com a devida utilização do solo para que seus proprietários possam utilizá-lo de forma correta, cumprindo sua função social (VENOSA, 2015, p. 177). O cumprimento da função social da propriedade urbana se concretiza quando esta é utilizada de acordo com as diretrizes traçadas no plano diretor da cidade, previsto no artigo 39 do Estatuto da Cidade⁵³, que tem por objetivo assegurar à coletividade qualidade de vida, justiça social e ao desenvolvimento de atividades econômicas.

A função social da propriedade urbana, quando se trata de bem público, não é cumprida quando esta é ocupada por particular de forma irregular, sem autorização do Poder Público. O cumprimento da função social da propriedade pública urbana está atrelado ao direito da coletividade de um adequado ordenamento urbano. O direito à moradia não pode se sobrepor ao direito da coletividade. Neste sentido, de acordo com Spantigatti apud Silva (1973; 2010, p. 77):

“Bem expressivo neste sentido é a lição de Spantigatti, tendo em vista o artigo 3 da Constituição Italiana, segundo o qual a função social da propriedade urbana constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.”

No caso em apreço há prevalência do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, da finalidade, eficiência, conservação e insuscetibilidade da posse civil (COUTINHO, 2005, p. 206). O cumprimento da função social da propriedade é princípio fundamental e o Estado possui a obrigação de garantir seu cumprimento, caso o particular não esteja utilizando o espaço público de forma a garantir o cumprimento da função social, o Poder Público é obrigado a agir (LEAL, 2005, p. 31), pois a norma que prevê o cumprimento da

⁵³ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei. (BRASIL, 2001)

função social da propriedade é de aplicação imediata (SILVA, 2013, p. 285). A função social da propriedade é direito fundamental e princípio da ordem econômica, assim, sua aplicação se dá maneira imediata pelo Poder Judiciário, não dependendo da complementação de qualquer outra lei infra legal (NERY; NERY, 2012, p. 847).

Muitas cidades no Brasil, incluindo o Distrito Federal, cresceram de forma desorganizada, gerando como consequência, violência, espaços obsoletos, danos ao meio ambiente e segregação social. O crescimento ordenado das cidades é importante pois faz com que se impeça o crescimento desordenado das cidades e a destruição do meio ambiente (RODRIGUES, 2002, p. 29). A Administração Pública deve visualizar o crescimento da cidade no futuro, para evitar o crescimento desorganizado e a criação de aglomerações, que podem gerar segregação residencial e social (TEPEDINO, 2000, p. 469).

Em conclusão, o direito à moradia, apesar de ser direito constitucional, não pode se sobrepor ao cumprimento da função social de bem público, pois este, pertence à toda a coletividade, ora, não se pode dar maior valor ao interesse de um só indivíduo em detrimento dos interesses da coletividade. Neste sentido, Rosenvald (2004, p. 28) coloca que somente há legitimidade para se proteger um direito individual, se este estiver em consonância com os direitos da coletividade. O particular não pode ocupar área pública ao arrepio da lei, pois se a Administração Pública permitisse que todos ocupassem áreas públicas para fins de moradia, estaríamos de frente à um verdadeiro confronto às normas constitucionais e infralegais

3.2 Jurisprudência desfavorável ao não reconhecimento da função social quando da ocupação irregular em bem público

Neste tópico será apresentado acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios desfavorável ao não reconhecimento da função social quando da ocupação irregular em bem público.

3.2.1 TJDTF - Acórdão n. 532799, Relator: Sérgio Rocha, 2ª Câmara Cível, DJe: 08/09/2011, Pág. 84

Trata-se de acórdão de apelação interposto por particular contra sentença de primeiro grau que extinguiu ação de interdito proibitório sem resolução do mérito. Neste sentido, o referido acórdão:

APELAÇÃO. INTERDITO PROIBITÓRIO. IMÓVEL PÚBLICO. PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.

1. Presentes as condições da ação, **ainda que não se possa falar em posse de terras públicas, tendo em vista que a demanda não se restringe ao pleito possessório, mas também se presta à proteção do direito social à moradia (CF 6º) e da função social da cidade e da propriedade (CF 182), regulamentados pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), norma de ordem pública, aplicável de ofício.**

2. Deu-se provimento ao apelo do réu, para cassar a sentença. (Distrito Federal e Territórios, 2011, grifo nosso)

No caso em apreço, o particular apresentou interdito proibitório contra o Distrito Federal para impedir a demolição de imóvel erigido em área pública, o juiz de primeiro grau extinguiu o feito sem resolução do mérito sob o fundamento de que não cabe ação possessória contra atos provenientes do poder de polícia da Administração Pública. Inconformado, o particular apresentou recurso de apelação alegando que havia sido removido do local em que residia e realocado na área pública em questão pelo próprio governo.

O artigo 183 da Carta Magna⁵⁴ trata de um peculiar modo aquisitivo de propriedade urbana. Aquele que não for proprietário de imóvel urbano ou rural, e possuir por cinco anos de forma pacífica e ininterrupta, área urbana de até duzentos e cinquenta metros, adquirir-lhe-á seu domínio, chamado de usucapião individual ou de usucapião especial *pro misero* (VENOSA, 2015, p. 231). No caso concreto, o

⁵⁴ 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. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 1988)

particular pretende garantir sua ocupação em imóvel situado em área pública, porém, de acordo com o artigo 183, § 3º da Constituição Federal, não há que se falar em posse de bem público por particular, pois imóveis públicos não podem ser usucapidos. Deflui-se dos autos, que o particular busca assegurar seu direito à moradia, que é direito social constitucionalmente previsto artigo 6º⁵⁵.

O relator, ao analisar as condições da ação, ressalta que mesmo que não se possa falar em posse de terras públicas, a peculiaridade dos casos de ocupação irregular por particular em área pública no Distrito Federal, faz com que estes devam ser analisados sob uma ótica diferenciada, não somente com base no direito administrativo e civilista, mas também à luz de uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

O artigo 183 do permissivo constitucional, deve ser apreciado em consonância com o direito social da moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, pois o direito à moradia não deve ser interpretado restritivamente, pelo contrário, deve-se lhe dar a maior eficiência possível.

Rodrigues (2000, p. 24) destaca que as cidades também possuem função social pois estas são compostas de bens públicos e bens particulares, que devem cumprir, cada um sua função social. No voto vencedor, pertencente ao relator, este sustenta que a partir da interpretação do artigo 182 da Constituição Federal⁵⁶, este confere ao Estado o dever de efetivar o princípio da função social da cidade e da propriedade, de acordo com as diretrizes traçadas em lei.

O relator destaca que o disposto no referido artigo 182 do permissivo constitucional deve ser interpretado em consonância com o Estatuto da Cidade, que impõe normas de interesse social e que estatuem o uso da propriedade urbana em favor do bem da coletividade (ROSENVALD, 2004, p. 35).

⁵⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

⁵⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988)

O plano diretor é instrumento da política urbana e obrigatório para todas as cidades que possuem mais de vinte mil habitantes (DI PIETRO, 2014, p. 137). O cumprimento da função social da propriedade se dá quando a propriedade atende às diretrizes traçadas no plano diretor da cidade, ou seja, deve-se atender às exigências do plano diretor para a configuração da função social da propriedade, é “irrefutável a relação entre o direito de propriedade e o plano diretor” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 343).

A função social da propriedade privada é expressa na Constituição, porém, quanto à propriedade pública a função social vem de forma implícita, que é definido por orientações que devem ser seguidas pelo poder público (DI PIETRO, 2006, p. 2). A função social da propriedade pública impõe ao Poder Público, o de disciplinar e fiscalizar a utilização do bem.

No caso em apreço, ressalta o relator que o Poder Público não impediu a construção do imóvel, tampouco a fiscalizou. Destaca também que, apesar de se tratar de imóvel erigido em área pública, na teoria estaria em desacordo com as diretrizes traçadas no plano diretor e não estaria cumprindo sua função social, o próprio Estatuto da Cidade, que prevê a obrigatoriedade do plano diretor e do cumprimento da função social da propriedade, também prevê, em seu artigo 2º, inciso I⁵⁷, como objetivo da política urbana, garantir o direito à moradia.

No artigo 1.228, parágrafo § 1º, do Código Civil⁵⁸, diz que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com as suas finalidades econômicas e sociais. Assim, deflui-se da própria legislação que a propriedade deve ser exercida em consonância com o bem da coletividade, ou seja, com o bem social.

O direito à moradia foi incluído no rol de direitos sociais pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000⁵⁹. Mastrodi (2015) defende que o direito à

⁵⁷ Art. 2º. I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (BRASIL, 2001)

⁵⁸ Art. 1.228. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

⁵⁹ Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. (BRASIL, 2000)

moradia deve ser considerado como direito fundamental autônomo, suficiente por si só, como direito crucial à dignidade da pessoa humano, desvinculando-o assim, do direito de propriedade. Sustenta o autor que o direito à moradia deve ser assegurado pois, a maioria dos cidadãos não possui recursos financeiros suficientes para adquirir um imóvel, assim, é necessário que se busque formas alternativas para resolver este problema.

Mastrodi (2015, p. 183) destaca que o próprio legislador, ao consagrar o artigo 4º do Estatuto da Cidade⁶⁰, possibilitou a concretização do direito à moradia desvinculando-o do direito de propriedade, através do instituto da concessão de uso de imóvel público, caso o cidadão preencha os requisitos elencados na referida lei, assim, fica o Poder Público “obrigado a conceder o título ao possuidor, que passa a morar legitimamente sobre imóvel público” (MASTRODI, 2015, p. 183). O próprio legislador criou um mecanismo que assegura o direito à moradia desvinculando-o do direito de propriedade, neste sentido, destaca Mastrodi (2015, p. 184):

“Esse instrumento de política urbana caminha em sentido, a nosso ver, totalmente acertado, pois dá mais valor a institutos concretos do que abstratos. De fato, a moradia e a posse, são reais, diferentemente da propriedade, que é um instituto ideal, fictício, imaginário. Na prática, pouco importa a um homem se ele é proprietário de centenas de imóveis se não tiver algum lugar para morar. Porém, as políticas públicas de habitação atuais seguem sentido inverso ao desse instrumento de política urbana, privilegiando a propriedade em detrimento da posse – ou da moradia. Portanto, tendo por finalidade a promoção concreta da dignidade humana, é possível o reconhecimento do Direito à Moradia como instituto autônomo, em especial em relação ao direito à propriedade, abrindo possibilidades para sua efetivação por políticas públicas que visem menos à propriedade e mais à garantia da posse.”

Neste contexto, Mastrodi e Batista (2015) concluem pela relativização do direito de propriedade urbana subordinando-o ao direito de moradia, pois este é direito social fundamental, o direito à moradia “é uma necessidade real e concreta a ser satisfeita, um interesse social legítimo e que, portanto, há de ser

⁶⁰ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: V – institutos jurídicos e políticos: [...] g) concessão de direito real de uso. (BRASIL, 2001)

compreendida como superior ao direito à propriedade” (MASTRODI; BATISTA, 2015, p. 1552).

Por fim, no caso em apreço, os desembargadores entenderam por reformar a sentença de primeiro grau e dar provimento ao pleito recursal do réu, onde lhe foi assegurado o direito à moradia, assegurando o cumprimento da função social da cidade e da propriedade, que é norma de ordem pública. Em conclusão deste tópico, é possível na interpretação do direito, argumentação contrária à hipótese proposta neste estudo monográfico, onde se aceita a proteção do direito social à moradia, mesmo que ao arrepio da legislação.

CONCLUSÃO

O direito de propriedade, consagrado como direito fundamental pela Carta Magna, está atrelado ao cumprimento da função social. De acordo com o Estatuto da Cidade, que dispõe sobre os artigos 182 e 183 do permissivo constitucional, a função social da propriedade resulta cumprida quando respeitada a legislação.

A presente pesquisa monográfica buscou identificar se é possível na interpretação do direito conceber-se a função da social da propriedade urbana como instrumento de proteção de bem público contra ocupação irregular de particular.

No primeiro capítulo, foi feita uma análise da doutrina acerca das generalidades do direito de propriedade, da função social, e mais especificamente, a função social da propriedade urbana.

No capítulo 2 foi analisada a função social da propriedade urbana no plano normativo, que se encontra organizada nos ambientes constitucional, da legislação civil codificada e do Estatuto da Cidade. No primeiro tópico deste capítulo foi feita uma análise à luz da Constituição Federal, destacando artigos pertinentes à função social da propriedade, ao direito à moradia e à função social da propriedade urbana. No segundo tópico, foi feita uma análise à luz do Código Civil de 2002, onde foram analisados os conceitos de propriedade, de bens públicos e de atos ilícitos. E em terceiro, foi feita uma análise da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade.

No capítulo 3, foi feita uma análise jurisprudencial da ocupação de particular em bem público. No primeiro tópico, foi apresentado um acórdão de embargos infringentes do TJDF, com decisão favorável ao não reconhecimento do cumprimento da função social da propriedade urbana quando ocupada irregularmente por particular, eis que não pode o particular ocupar bem público ao arrepio da lei. Em contrapartida, foi apresentado acórdão de apelação, onde se reconhece a função social da propriedade urbana quando da ocupação irregular por

particular, sob o fundamento de que o direito à moradia é parte integrante do direito à dignidade da pessoa humana.

A hipótese eleita responde afirmativamente ao problema proposto, conforme argumentos doutrinários legais e jurisprudenciais apresentados, pois a função social da propriedade urbana, o direito à moradia e a condição social e financeira do particular, não podem ser utilizadas como meio para usurpar regime jurídico da propriedade no ordenamento pátrio.

Muitas das cidades no Brasil cresceram de forma desorganizada, gerando violência, espaços obsoletos e danos ao meio ambiente. O direito à moradia, apesar de ser direito constitucional, não pode se sobrepor ao cumprimento da função social de bem público, pois este, pertence à toda a coletividade, ora, não se pode dar maior valor ao interesse de um só indivíduo em detrimento dos interesses de toda a população, pois se o Poder Público permitisse que todos ocupassem áreas públicas para fins de moradia, estaríamos frente à um verdadeiro confronto às normas constitucionais e infra-legais.

Em conclusão, a hipótese eleita ao problema proposto inicialmente se apresentou válida, conforme a argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial desenvolvida nos capítulos desta pesquisa monográfica, ou seja, a função social da propriedade se vê cumprida quando há conduta adequada ao regime normativo da propriedade, o que não acontece nas ocupações irregulares.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista brasileira de Direito Consitucional**, n. 11, 2008.

BATISTA, Ana Carolina; MASTRODI, Josué. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. **Revista de Direito da Cidade**, v. 7, n. 4, p. 1524-1554, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 set. 2016.

BRASIL, **Emenda constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera a redação do art. 6 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm Acesso em 23 set 2016.

BRASIL, **Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Brasília, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm Acesso em 22 set 2016.

BRASIL, **Decreto Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm Acesso em 22 set. 2016.

BRASIL, **Lei n. 4.504, de 30 novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm Acesso em 08 set. 2016.

BRASIL, **Lei n. 10.257, de 10 julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm Acesso em 08 set. 2016.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 08 set. 2016.

BRASIL, **Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida

Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm> Acesso em 08 set. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP n. 1.430.871 - PR 2014/0011859-0**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília 07 de junho de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 498.512- RS**, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 22/03/2005, DJ 16/05/2005, p. 296.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão n. 532799**, 20110110561062APC, Relator: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 31/08/2011, publicado no DJE: 08/09/2011. Página: 84.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão n. 937929**, 20130111311238 EIC, Relator: Rômulo de Araújo Mendes, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 11/04/2016, Publicado no DJe: 03/05/2016, Pág. 156.

CARDOSO, Patricia Silva. Os direitos reais e a Lei n. 11.481/07: reflexões sobre a funcionalização do regime da propriedade pública. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 1. p. 404-432, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito das coisas**, São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, José Roberto de Andrade. **Gestão patrimonial na administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 6, 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 abr. 2016.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: tradução João Baptista Machado**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. Os desafios da Administração Pública em face do parcelamento do solo urbano: perspectivas jurídicas e políticas. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. n. 21, Belo Horizonte, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASTRODI, Josué. Direito fundamental social à moradia: Aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao direito de propriedade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 17, n. 17, pág. 168-187, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 4.

NERY, Nelson Junior. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. 6 ed. São Paulo: Método, 2014, v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WATERHOUSE, Price. **A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada**. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.