

TESE 114

Proponentes: Luiza Lins Veloso, Marina Costa Craveiro Peixoto e Rafael de Paula Eduardo Faber

Área: Cível/Fazenda Pública

Súmula: É possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio.

ASSUNTO

A presente tese versa sobre a tutela do direito individual à moradia de população de baixa renda, através do exercício da posse de bem imóvel público.

Justifica-se a importância da presente tese em razão de o Judiciário posicionar-se negativamente ao reconhecimento da posse de imóvel público, sob o argumento de tratar-se, na realidade, de mera detenção, em claro prejuízo à população de baixa renda.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Verifica-se pertinência entre a tese proposta e as funções institucionais da Defensoria Pública.

Assim, a Lei Complementar 80/94 em seu artigo 4º trata das funções institucionais da Defensoria Pública e no seu inciso X dispõe que:

"X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009)."

Ademais, o artigo 134, da Constituição da República de 1988, disciplina que:

"A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal."

Desta forma, sendo o reconhecimento da posse de bem imóvel público, independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio, indispensável para assegurar o direito constitucional à moradia digna da população de baixa renda, demonstrada a pertinência entre a proposta de tese apresentada e as atribuições da Defensoria Pública.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O posicionamento majoritário dos tribunais pátrios afirma inexistir posse de imóvel público por particular. Nestes casos, os Tribunais entendem se tratar de hipótese de mera detenção.

A jurisprudência que vem se firmando nos Tribunais é claramente prejudicial à população de baixa renda, já que entender não ser possível exercício da posse de imóvel público implica não só em violar o direito à moradia, como alijar o possuidor de boa-fé de todos os seus direitos. Neste sentido, a título de exemplo:

"Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA. Bertioga. Bem público. Imóvel recebido em doação. DM nº 299/97 de 3-10-1997. Esbulho. Ocupação clandestina. Reintegração de posse. Indenização. Direito de retenção. Colisão de direitos. – 1. Cerceamento de defesa. O indeferimento de provas inúteis, protelatórias ou irrelevantes não constitui cerceamento de defesa, a teor do art. 130 do CPC. Preliminar rejeitada. – 2. Inadequação da via eleita. **Não se admite a posse ou detenção por particular de bem público. A posse da municipalidade se presume e decorre da natureza do bem e da propriedade. Esbulho configurado, diante da ausência de autorização, permissão ou concessão e do caráter clandestino e precário da posse; ajuizamento de ação possessória que se afigura adequada na espécie. Preliminar rejeitada. – 3. Reintegração de posse. Indenização. Direito de retenção. O imóvel foi recebido em doação pela Prefeitura Municipal de Bertioga, conforme DM nº 299/97; **trata-se de bem público dominical que afasta a posse ou direito de terceiros. Comprovada a ocupação e o uso privado do bem sem fundamento em lei ou permissão administrativa, a concessão da reintegração na posse é medida de rigor. Pagamento de indenização pelas construções realizadas ou direito de retenção das benfeitorias que não se admite no caso concreto. – 4. Colisão de direitos. O direito à moradia e o direito de propriedade não são colidentes; são complementares, uma vez que um e outros são exercidos na forma da lei. Inexistência de dispositivo ou princípio constitucional que assegure a apropriação privada de bem público para satisfação imediata de interesse particular. – Procedência. Recurso dos réus desprovido." TJSP, 10ª****

Câmara de Direito Público, Rel. Des. Torres de Carvalho, Apelação 0003157-33.2012.8.26.0075, DJE 23.06.2015.

*"Apelação – Ação de REINTEGRAÇÃO DE POSSE com pedido liminar – Ação proposta por fundação com personalidade jurídica de direito público - Área rural de sua propriedade ocupada - **Bem objeto desta ação possessória é público e os réus somente exercem detenção sobre o mesmo - Não se exige que o Poder Público demonstre antigo exercício possessório para retomar a posse do bem, que é simplesmente detida pelo particular** – O imóvel em questão é parte integrante de um programa de assentamento rural promovido pelo Governo do Estado de São Paulo - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e desta E. 11ª Câmara de Direito Público – Sentença de procedência mantida - Recurso improvido."* TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, APL 30015589220138260262, DJE 08.07.2015.

Corroboram referido entendimento os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 146.367/DF, REsp 945.055/DF, AgRg no REsp 1190693/ES, AgRg no REsp 1200736/DF, AgRg no REsp 648180/DF. No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo temos os seguintes julgados: 0289576-11.2009.8.26.0000, 0005668-08.2007.8.26.0292, 0047614-97.2007.8.26.0602, 2112884-50.2014.8.26.0000, 0251766-31.2011.8.26.0000, 0014411-74.2009.8.26.0344, 0001001-73.2013.8.26.0322, 0036108-19.2012.8.26.0451, 1013225-72.2014.8.26.0554 .

Face ao entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, que somente admitem detenção e não a posse, importante, inicialmente, distinguir os dois institutos.

A detenção constitui situação fática que o detentor, também conhecido como fâmulos da posse, tem sobre a coisa em razão de uma subordinação ou dependência econômica, seguindo regras e designações do seu dono ou possuidor. Assim sendo, não lhe cabe direito de invocar em nome próprio ações possessórias ou até mesmo direito às benfeitorias ou retenção.

A toda evidência, o entendimento citado não possui qualquer respaldo na legislação vigente afrontando, inclusive, o texto constitucional que tutela a posse sem distinção quanto à titularidade do bem imóvel e possui como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, observa-se, no que tange ao objeto da posse, inexistir qualquer vedação legal ao exercício da posse de imóvel público por particular. Ao contrário, o ordenamento jurídico vigente confirma sua possibilidade quando, aponta o exercício da posse de imóvel público pelo particular dentre os requisitos necessários para o reconhecimento de diversos institutos.

Neste contexto, o artigo 183, § 1º, da Constituição da República de 1988, disciplinado pela Medida Provisória nº 2.220/2001, prevê a concessão de uso especial para fins de moradia. Trata-se de instrumento urbanístico que assegura a quem exerça, ou tenha exercido, posse de imóvel público em área urbana por cinco anos ininterruptos o direito de usá-lo para fins de moradia.

Destaca-se que, antes da edição da Medida Provisória nº 2.220/2001, a concessão de uso especial para fins de moradia estava prevista para entrar em vigor com o Estatuto da Cidade. Em que pese o veto ao instituto pela Presidência da República, as razões já apontavam a possibilidade de exercício de posse de imóvel público:

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

A relevância da concessão de uso para fins de moradia relaciona-se, intimamente, à proteção possessória que confere ao concessionário:

*"Como direito real, a concessão de uso para fins de moradia é oponível erga omnes, inclusive à própria pessoa jurídica titular do bem, que só pode extinguir o direito de uso quando o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia ou quando adquirir a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural (art. 8º da Medida Provisória). **E o concessionário pode exercer em relação a seu direito a proteção possessória, também contra a própria Administração Pública**". ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Uso privativo de bem público por particular, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.*

Sem prejuízo, outros marcos legais indicam a legalidade do exercício da posse de imóvel público por particular, não sendo casos de mera detenção.

Com efeito, a Lei 11.481/2007 prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, com a facilitação do procedimento via Secretaria do Patrimônio da União ou mediante parceria com os Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei 11.952/2009, por sua vez, disciplina a regularização fundiária das ocupações em terras da União, no âmbito da Amazônia Legal. Verifica-se a importância da referida lei, uma vez que a Amazônia Legal abrange mais da metade do território nacional (artigo 2º da Lei Complementar 124/2007).

Tem-se, ainda, a Lei 11.977/2009 que dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas privadas ou públicas (artigo 47, inciso VI).

Sobre a ocupação de imóvel público e a justificativa para sua titulação leciona José Renato Nalini:

"Em outras palavras, as terras públicas, inclusas as devolutas, não se podem usucapir; entretanto, nelas há ocupação a reclamar titulação, no quadro do interesse social. Daí, pois, a disciplina legal de regularização fundiária de terras públicas: (a) a Medida Provisória 2.220/2001, instituindo a concessão de uso especial para fins de moradia, que, a seu modo, faz às vezes da usucapião especial para as áreas públicas ocupadas, que reclamam regularização fundiária de interesse social; (b) a Lei 11.481/2007, dispondo sobre a regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; (c) a Lei 11.952/2009, disciplinando a regularização fundiária em terras da União no âmbito da Amazônia Legal.

A justificação ou a ratio da regularização fundiária das terras da União, portanto, passa por razões (a) históricas (no foco do processo de titulação e ocupação das terras do Brasil), (b) sociológicas (que reclamam inclusão social), (c) econômicas (que demandam por propriedade formal) (d) antropológicas (que exigem atenção especial à demarcação das reservas indígenas), (e) culturais (que impõem respeito às comunidades quilombolas) e (f) jurídicas, pela ratio iures que repousam na função social (ou socioambiental) das terras públicas da União ocupadas, embora não suscetíveis de usucapião." NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. Regularização Fundiária. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

Verifica-se, portanto, a diversidade normativa que não só possibilita, como prevê o exercício da posse de imóvel público por particular – Constituição da República de 1988 (artigo 183, §1º); Medida Provisória nº 2.220/2001; Lei 11.481/2007; Lei 11.952/2009; Lei 11.977/2009.

A esse respeito, a Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhece a possibilidade de concessão de uso para fins de moradia e, conseqüentemente, a posse de imóvel público por particular:

"Com efeito, ao menos em sede de cognição sumária e conforme documentos acostados aos autos, parece-me que os agravados atendem aos requisitos do art. 1º, da Medida Provisória nº 2.220/01, fazendo jus, por conseguinte, à permanência no imóvel.

Ademais, não há premência na pretensão do réu. Pelo contrário, a remoção dos autores do imóvel é que causaria danos de difícil reparação.

Nesse sentido as observações do i. Des. Edson Ferreira, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2016658-17.2013.8.26.0000:

"[...] há indicações de que se trata de área pública, não sendo crível que o Município desconhecesse a ocupação. Se permitiu que, durante longos anos, o agravante e sua família estabelecessem moradia na área ocupada, não é razoável nem digno que, de forma abrupta, os obrigue a se retirar do local, relegando-os ao abrigo."

Assim, também, já decidiu esta E. Câmara. Confira-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA ANTECIPADA Deferimento Ação de Concessão Especial para fins de moradia Medida Provisória nº 2.220/2001 Manutenção na posse do imóvel Requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil Discricionariedade do Juízo singular. ADMISSIBILIDADE: O exame dos requisitos autorizadores da concessão ou não da antecipação da tutela é discricionariedade do Juízo monocrático, desde que presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil". (AI nº 9024164-61.2009.8.26.0000 Rel. Des. Israel Góes dos Anjos j. 26/10/2009).

Desta feita, nos estreitos limites de apreciação da medida, anotando-se que em sede de cognição sumária é defeso o estudo mais aprofundado da questão sub judice, de rigor a manutenção da r. decisão guerreada, sendo certo que os argumentos elencados no presente instrumento, não se revelam, por ocasião do momento e da sede do exame, suficientes para modificar a decisão atacada." TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leme de Campos, AI nº 2018981-92.2013.8.26.0000

Por sua vez, Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou a existência de ligações de água e energia elétrica, ou seja, a efetiva função social da posse, para reconhecer a possibilidade de posse em imóvel público:

"REINTEGRAÇÃO DE POSSE Área pública local ocupado há vários anos, havendo inclusive pagamento de tributo municipal despacho que indefere liminar ausência dos requisitos necessários decisão mantida recurso desprovido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital que, em sede de ação de reintegração de posse, indeferiu pedido de liminar por entender ausente o requisito do periculum in mora.

Alega a Municipalidade, em síntese, que é legítimo possuidor da área em questão, que não há que se falar em posse de área pública pelo particular, mas em mera detenção, e que a manutenção do decisum lhe trará dano de difícil reparação. Recurso processado sem liminar, a parte contrária não apresentou resposta.

É o relatório.

A bem lançada decisão deve ser mantida intacta por seus próprios e jurídicos fundamentos, ora integralmente adotados como razão de decidir.

Muito embora não se discuta que o imóvel se trata de área pública, impossível ignorar a realidade fática. O argumento de que a demora no provimento jurisdicional acarretará à agravante, por si só, dano de difícil reparação, não se sustenta.

Vê-se das fotos acostadas que no local foram erguidos prédios urbanos, os quais, em análise perfunctória, própria para o momento, contam com ligações de água e luz. Há até uma borracharia sendo certo ainda que há, pelo proprietário, recolhimento de ISS desde 2006 (fls. 105/115).

Mais ainda, a ação foi proposta em julho p.p., havendo o despacho de indeferimento no dia 25 daquele mês. A intimação desta decisão só veio agora, com a publicação no DOE para que a autora se manifestasse sobre a contestação. Assim, muito embora o presente recurso tenha sido interposto dentro do prazo, constata-se que não era tão urgente o provimento liminar pleiteado, visto que passaram-se mais de dois meses sem que nenhum Procurador do Município tenha demonstrado interesse em acompanhar de forma mais próxima o andamento do feito."

TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Angelo Malanga, AI 0259791-33.2011.8.26.0000, julgado 17.04.2012.

Ademais, consoante entendimento da doutrina mais moderna, não só é possível o exercício da posse de imóveis públicos por particular como também o reconhecimento da prescrição aquisitiva – usucapião, a saber:

"Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da

posse e, em última instância, ao princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.

Entretanto, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado 'tem' função social, o bem público 'é' função social." FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 328-329.

Ainda, não se pode olvidar que o Brasil adotou a teoria objetiva da posse[1]. Ihering, autor da teoria objetiva, descreve a posse como a situação de fato que exterioriza a possibilidade de exercício de algum poder sobre a coisa, independentemente da existência ou não de *animus domini*.

Surge, aqui, a possibilidade de desdobramento da posse em direta e indireta. A detenção, por sua vez, exigirá preceito legal que retire da situação fática sua natureza de posse. Assim, dispõe o artigo 1196 do Código Civil:

"Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade."

A ressalva à teoria objetiva, feita pelo Código Civil de 2002, pode ser localizada quando da análise do instituto da prescrição aquisitiva – usucapião – que exige a presença de elemento volitivo, qual seja, *animus domini*.

Registre-se que o legislador não inseriu a posse no rol dos direitos reais (artigo 1225, Código Civil). De igual modo, o instituto sob exame também não se encontra junto aos direitos pessoais. Conclui-se, sob a ótica do legislador pátrio, não se tratar a posse de um direito, idealizando meramente um fato.

Entretanto, consoante ensinamento do jurista Miguel Reale, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado e aplicado a partir dos seus três princípios pilares – eticidade, socialidade e operabilidade. Pela socialidade, a inserção da função

social deve ser feita em todos os institutos jurídicos do Novo Código. Assim, a posse só estará caracterizada quando observada sua função social.

Em que pese a função social da posse não estar expressamente codificada, indiscutível sua previsão implícita (artigos 1238, parágrafo único; 1242, parágrafo único; 1228, §§ 4º e 5º) que se relaciona diretamente com os objetivos fundamentais da República (artigo 3º da Constituição da República) de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais a partir da tutela do direito constitucional à moradia (artigo 6º da Constituição da República).

Assim, consoante leciona a Maria Celina Bodin de Moraes, a regra infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos princípios e ordenamentos constitucionais, como a função social, a saber:

"Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social." MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, a.17, n.65, p. 21-32, jul/set 1993."

Ao analisar a expropriação judicial, Judith Martins-Costa registra ser o artigo 1228, §§4º e 5º marca indeclinável da posituação da função social da posse:

"A função social da posse, que, no Código agora aprovado, não se prende apenas à concepção abstrata de Von Jhering, refletida no art. 485 do Código Civil de 1916, mas engloba, também, a noção autônoma da posse. Por isso, paralelamente ao regramento da posse como mera ocupação do bem, o conceito de posse-trabalho, aquela posse que 'vem acompanhada de um ato criador do trabalho humano' (MIGUEL REALE) e que, bem por isso, deve ter uma proteção maior do que a outra." BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 154.

Com isso, a partir dos ensinamentos da melhor doutrina, imprescindível considerar, juntamente com a teoria objetiva adotada pelo Código Civil, a função social da posse e sua devida destinação econômica.

Diante do exposto, conclui-se, a partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, em que pese entendimento contrário da jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do

Superior Tribunal de Justiça, em desacordo com a melhor doutrina, ser possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Diariamente usuários comparecem nas Unidades da Defensoria Pública do Estado de São Paulo com intuito de salvaguardar seu direito à moradia.

Por diversas vezes, o cidadão ocupa imóvel público abandonado pelos entes federados, exerce posse de boa-fé e dá função social.

Ainda assim, muitos cidadãos têm sua posse ameaçada e seu direito à moradia violado ante o posicionamento majoritário de nossos tribunais.

Nas hipóteses ventiladas, a concessão de uso para fins de moradia, bem como defesas em ações possessórias, fundadas na possibilidade de posse em imóvel público, são instrumentos fundamentais para salvaguardar o direito à moradia.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A tese pode fundamentar ações de concessão de uso para fins de moradia em face do ente federado titular do domínio, bem como pode ser utilizada como defesa em sede de eventual ação possessória ou petítória em que o assistido da Defensoria Pública figure como réu ou terceiro interessado.

Possível, ainda, fundamentar indenizações por benfeitorias ou até mesmo postular direito de retenção.

[1] Em contraposição à teoria subjetiva, de Savigny, segundo a qual a posse é um fato composto por dois elementos, o *corpus* (possibilidade física de exercer sobre a coisa os poderes inerentes ao domínio) e o *animus domini* (vontade de ter a coisa como sua). Neste sentido, posse seria definida como a possibilidade física do possuidor de exercer sobre a coisa poderes inerentes à propriedade, desde que tenha a intenção de ser seu proprietário. Aqui, locatários e comodatários, por exemplo, não são considerados possuidores, mas mero detentores.