

A possibilidade da usucapião de bens imóveis dominicais sem funcionalidade: análise hermenêutica da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal a partir da teoria de Robert Alexy

Márcia Haydée Porto de CARVALHO*

Pedro Bergê CUTRIM FILHO**

RESUMO: No presente artigo, tem-se como objetivo verificar se é possível uma revisão da Súmula 340 do STF pela via hermenêutica quanto aos bens dominicais. A análise parte de um breve estudo acerca de bens dominicais e a impossibilidade de serem usucapidos, para depois ater-se sobre o princípio social da propriedade e sua aplicabilidade aos bens públicos. E finalizará com a análise da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva da teoria de Robert Alexy concernente à colisão de direitos fundamentais, como nova e possível perspectiva hermenêutica. Optou-se pela vertente jurídico social, e tem como gênero de pesquisa a pesquisa teórica e como tipo de pesquisa, a jurídico-propositiva. Tem como teoria de base a obra de Robert Alexy, intitulada Teoria dos direitos fundamentais”. Quanto à natureza e aos procedimentos metodológicos utilizados no presente trabalho, utilizou-se de investigação bibliográfica com cunho qualitativo e investigação indutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade; supremacia do interesse público; hermenêutica; colisão de princípios; usucapião.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Bens dominicais e sua imprescritibilidade em nome do interesse público; – 2.1. A supremacia do interesse público como fundamento da imprescritibilidade dos bens públicos; – 3. Súmula 340 do STF: princípio da função social da propriedade e sua aplicabilidade aos bens públicos; – 3.1. Análise sobre a função social da propriedade; – 3.2. Bens dominicais e a administração patrimonial de bens públicos; – 4. Colisão entre princípios fundamentais: por uma nova perspectiva interpretativa da Súmula 340 do STF a partir da teoria de Robert Alexy; – 4.1. O Poder Judiciário e seu papel na tutela de (novos) direitos; – 4.2. Breves considerações sobre colisão de direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy; – 4.3. Colisão de princípios fundamentais na Súmula 340 do STF: por uma nova perspectiva interpretativa; – 5. Considerações finais; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Possibility of Adverse Possession of Public-Domain Assets Without Functionality: Hermeneutic Analysis of Precedent 340 of the Federal Supreme Court Based on Robert Alexy's Theory*

ABSTRACT: *The objective of this research paper is to verify if it is possible to review Precedent 340 of the STF through hermeneutics regarding public-domain assets. The analysis starts at a brief study about public-domain assets and the impossibility of adverse possession, and then focuses on the social principle of property and its applicability to public assets. It will end with the analysis of Precedent 340 of the Federal Supreme Court from the perspective of Robert Alexy's theory concerning the collision of fundamental rights as a new and possible hermeneutic perspective. The social legal aspect was chosen, and it has the theoretical research as the research genre, and the legal-propositional research as a type of research. Robert Alexy's work Theory of Fundamental Rights is taken as the base theory of this paper. As for*

* Professora Doutora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), linha de pesquisa: Instituições dos Sistemas de Justiça, Hermenêutica Constitucional, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais, Promotora de Justiça Militar. E-mail: marciahaydee@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5154808741026403>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0783-4302>.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: pedroberge@gmail.com, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5586542145379813>, Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-2287-8260>.

the nature and methodological procedures used in this work, bibliographic research with a qualitative nature and inductive research was used.

KEYWORDS: *Social function of property; supremacy of the public interest; hermeneutics; collision of principles; adverse possession.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Public-domain assets and their lack of a statute of limitations on behalf of public interest; – 2.1. The supremacy of the public interest as the foundation of the lack of a statute of limitations of public assets; – 3. Precedent 340 of the Supreme Court: principle of the social function of property and its applicability to public assets; – 3.1. Analysis of the social function of property; – 3.2. Public-domain assets and public property management; – 4. Collision between foundational principles: for a new interpretative perspective of the Supreme Court Precedent 340 from the theory of Robert Alexy; – 4.1. The Judiciary and its role in the protection of (new) rights; – 4.2. Brief considerations on fundamental rights collision in Robert Alexy's theory; – 4.3. Collision of fundamental principles in Precedent 340 of the STF: for a new interpretative perspective; – 5. Final remarks; – Bibliographical references.*

1. Introdução

Muito embora a usucapição de imóveis públicos dominicais seja vedada pelo texto constitucional, pelo Código Civil e pela posição tradicional do Supremo Tribunal Federal, nota-se uma constância nos debates acerca dessa temática na seara do direito. Esse fenômeno se explica pela complexidade do assunto e pelas controvérsias que existem no âmago da discussão em sede doutrinária.

Nesse debate, questões acerca de quais bens públicos podem ser usucapidos ou se nenhum pode sofrer as interferências desse instituto são sempre alvo de estudos, artigos e críticas, sobretudo quando o assunto envolve usucapição de bens sem finalidade.

Sobre esse tema, o STF possui Súmula de nº 340, aprovada em 1963, cujo enunciado impossibilita a usucapição de bens públicos, sobretudo os dominicais, Súmula esta ainda usada no período pós constituição de 1988, embora se verifique constantes ajuizamentos de demandas nos tribunais no afã da mudança desse posicionamento em relação aos bens dominicais com argumentos da existência da colisão entre princípios fundamentais.

E foi por isso, e por considerar a pertinência do assunto que este trabalho se estrutura sobre o seguinte problema: no tocante aos bens dominicais, em que medida é possível uma revisão da Súmula 340 do STF, pela via hermenêutica?

O objetivo principal deste artigo será analisar se há a possibilidade da revisão da Súmula 340 do STF, quanto aos bens dominicais pela via hermenêutica, com a verificação da

viabilidade, através da doutrina correlata, sobretudo quanto à colisão de princípios fundamentais.

Para tanto, este artigo partirá de um breve estudo acerca de bens dominicais e a impossibilidade de serem usucapidos, para depois ater-se sobre o princípio social da propriedade e sua aplicabilidade aos bens públicos. Por fim, finalizará com a análise da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva da teoria de Robert Alexy concernente à colisão de direitos fundamentais, como nova e possível perspectiva hermenêutica.

Este artigo opta pela vertente jurídico social, e tem como gênero de pesquisa a pesquisa teórica e como tipo de pesquisa, a jurídico-propositiva. Tem como teoria de base a obra de Robert Alexy, intitulada Teoria dos direitos fundamentais”. Quanto à natureza e aos procedimentos metodológicos utilizados no presente trabalho, utilizou-se de investigação bibliográfica com cunho qualitativo e investigação indutiva.

2. Bens dominicais e sua imprescritibilidade em nome do interesse público

Sabendo que bens públicos são todos aqueles bens que pertencem ao patrimônio da Administração Pública, pontua-se, inicialmente, que esta pesquisa tratará apenas acerca dos bens públicos dominicais: aqueles sem funcionalidade, logo, desafetados.

O conceito dessa classe de bem público foi muito bem descrita por Mello,¹ como aqueles sendo “próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal”.

Logo, por serem bens desafetados, correspondem àqueles bens não destinados a certa finalidade estatal, sem finalidade, sem funcionalidade.²

Dito isto, vale destacar que essa classe de bens é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, pela máxima da supremacia do interesse público estatal sobre o interesse privado.

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015, p. 938.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015.

2.1. A supremacia do interesse público como fundamento da imprescritibilidade dos bens públicos

Com a formação do Estado de Direito, surge o postulado basilar das constituições com foco no bem-estar e a satisfação de todos os indivíduos da sociedade: o interesse público.³ A essência desse pensamento foi mantida na modernidade, quando se passou a entender que o Estado só se justifica se atua em função dos interesses da sociedade, tornando-se sua finalidade precípua o interesse público.⁴

Essa forma de pensar a administração pública foi pouco a pouco tomando de conta do pensamento dos doutrinadores, de forma que ela se tonou necessária para a legitimidade dos atos administrativos. Tal qual previu Mello,⁵ “o interesse Público vincula todo ato administrativo, devendo ser esta a finalidade do agente ao efetivá-lo, embora a ele alie outra de caráter pessoal”.

Nesse mesmo sentido Cretella Júnior⁶ destaca: “Satisfação do interesse público – eis o querer supremo da Administração, eis o fim último a que devem atender os agentes administrativos editores do ato”.

A dogmática jurídica brasileira sustenta, portanto, que dentre aqueles valores principiológicos que regem a relação entre o Estado e o particular está a supremacia do interesse público sobre o privado, mas como princípio absoluto.⁷ Corroborando esse pensamento, Mello⁸ afirma que se trata “de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguração deste último”.

Todavia, alguns teóricos contemporâneos relativizam essa visão, contestando o caráter absoluto dessa supremacia, na tentativa de emplacar uma mudança de arquétipo dentro do Direito administrativo, sobretudo com confrontação de paradigmas e impondo

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Supremacia do interesse público e Estado de Direito. (in) Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul/set. 2011, p. 87-104.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Supremacia do interesse público e Estado de Direito. (in) Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul/set. 2011, p. 87-104.

⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Forense, vol. I, 2ª ed., 1979, p. 522.

⁶ CRETELLA JUNIOR, José. Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 1983, p. 307.

⁷ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015, p. 70.

posicionamentos acerca da relativização da supremacia do interesse.⁹

Essa forma de pensar ganha força, sobretudo, com o fenômeno da constante evolução das ideologias neoliberais, que propõem a flexibilização do regime jurídico administrativo, diminuindo a importância dos fins do Estado,¹⁰ surgindo as críticas ao princípio da supremacia do interesse público como resultado dessa tendência.

Alguns desses argumentos contestam a natureza principiológica da supremacia do interesse público, defendendo que ele não permite ponderação nem concretização gradual, conforme defende Ávila,¹¹ cujo pensamento é corroborado por Binjenbojm, para quem “um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”.¹²

Schier¹³ alinha-se com esse pensamento, ao sintetizar que “a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público aquilo que toca”.

O mesmo autor continua dizendo que “não existe, portanto, em vista do regime jurídico de aplicação, colisão e, mormente, restrição dos direitos fundamentais, um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de preferência ou supremacia do interesse público sobre o privado”.¹⁴

⁹ MARTINS, A. S. C.; DELGADO, C. da C. O.; PIRES, R. N.; COSENDEY, T. de A. Interesse público de quem? a releitura do princípio da supremacia do interesse público à luz do Estado Democrático de Direito. Revista Vianna Sapiens, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2017. Disponível em: www.viannasapiens.com.br/. Acesso em: 14.7.2023.

¹⁰ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol.4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

¹¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/fdns/yvgj/#p=1. Acesso em 10.7.2023.

¹² BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 167.

¹³ SHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218-219.

¹⁴ SHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236.

Ávila robustece a discussão quando defende que a supremacia do interesse público sobre o privado deveria ser regra de exceção sempre que há colisão entre princípios,¹⁵ não podendo (no sentido de dever) ser máxima absoluta.¹⁶

Ávila¹⁷ parece ser defensor fervoroso dessa nova construção de pensamento, quando afirma, ainda, que o princípio da supremacia é parcialmente incompatível com outros postulados normativos extraídos de normas constitucionais, sobretudo com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática, princípios esses que hoje são aceitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Nessa ocasião, citando, inclusive Robert Alexy, o autor afirma que a “instituição de direitos e garantias individuais e de normas de competência implica (logicamente) o dever de ponderação, cuja exata medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade”.¹⁸

Os teóricos que defendem essa corrente reclamam por uma releitura dos institutos do direito administrativo à luz dos postulados democráticos vigentes na Constituição de 1988, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito, entendendo pela transformação de determinados conceitos não mais condizentes com essa nova realidade, cuidando de compreender o fenômeno jurídico e as instituições políticas de acordo com a realidade e os anseios sociais atuais, sem rejeitar as conquistas do passado, mas passando a observá-las com as lentes do presente.¹⁹

2.2. Usucapião e as regras que vedam a sua aplicação a imóveis públicos dominicais

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/fdns/yvgj/#p=1. Acesso em 10.7. 2023.

¹⁶ Humberto Ávila afirma que “um ônus de argumentação (“argumentationslast”) em favor dos interesses privados e em prejuízo aos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/fdns/yvgj/#p=1. Acesso em 10.7. 2023, p.11.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/fdns/yvgj/#p=1. Acesso em 10.7. 2023, p.14.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/fdns/yvgj/#p=1. Acesso em 10.7. 2023, p.14.

¹⁹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 196.

Historicamente, foi Ulpiano o primeiro a dar definição para usucapião, quando disse que “Usucapião é a aquisição do domínio pela posse continuada por um ou dois anos”, ou seja, “a aquisição da propriedade ou outro direito real pela posse prolongada e justa, com observância dos requisitos instituídos em lei”.²⁰

Como instituto consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a usucapião tem suas raízes no Direito Romano, notadamente, com a Lei das XII Tábuas, no ano 305 a. C., na qual a usucapião foi consagrada como uma modalidade de aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis pelo cidadão romano sendo a prescrição aquisitiva para bens móveis para a posse de um ano e, para bens imóveis, para a posse de dois anos.²¹ Os bens imóveis sujeitos a usucapião foram chamados de fundi, termo que deu origem à palavra fundiária, utilizada nos dias de hoje.²²

Todavia, àquela época, somente os cidadãos romanos tinham direito à aquisição de bens nessa modalidade, sendo excluídos os estrangeiros, à época chamados de peregrinos, do ius civile.²³ Com o passar do tempo, no Governo de Antonius, a partir de 212 a.C., o possuidor peregrino passou a ter direito a uma espécie de prescrição, como forma de exceção, que serviria de defesa contra ações reivindicatórias.²⁴

Em 199 a.C., surge o instituto longi temporis,²⁵ exigindo o lapso de tempo de 10 anos entre presentes e de 20 anos entre ausentes, para ocorrer a prescrição.²⁶

Foi então que Justiniano fundiu a usucapião primitiva e a prescrição de longo tempo num só instituto lhe chamando de usucapio,²⁷ que foi transportada para a legislação europeia após a queda do Império Romano e da península Ibérica, entrando nas Ordenações do Reino de Portugal e imigrando para o Brasil, onde ganhou lugar no Código Civil de Clóvis Beviláqua de 1916.²⁸

No Brasil, o Código Civil de 1916 trouxe a definição de usucapião como sendo a aquisição do domínio pela posse continuada, um remédio legal do qual se valia o possuidor para

²⁰ ULPIANO Apud BARRUFINI, José Carlos Tosetti. Usucapião Constitucional Urbano e Rural: função social da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998, p. 73.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direitos Reais. 4. ed, p. – São Paulo: Atlas, 2004.

²² HORACIO, Ivan. Manual prático dos registradores de imóveis. Leme: Cronus, 2021, p. 253.

²³ BUSHATSKY, Jaques. Posse e seus efeitos. São Paulo: Advocacia Dinâmica, 1964, p 13.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 248.

²⁵ HORACIO, Ivan. Manual prático dos registradores de imóveis. Leme: Cronus, 2021, p. 255.

²⁶ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁷ NUNES, Pedro. Do usucapião. Rio de Janeiro. Forense, 2000, p. 14.

²⁸ HORACIO, Ivan. Manual prático dos registradores de imóveis. Leme: Cronus, 2021, p. 255.

adquirir a propriedade.²⁹

No decorrer da história, o conceito de função social evoluiu juntamente com o conceito de propriedade, sendo que aquele conceito incorporou este.

Prova é que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira que tratou da política urbana de forma direta, dedicando o Capítulo II, do Título VII, para tratar do tema, com o fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, garantindo a todos os habitantes a perspectiva do bem-estar social, vinculando o direito de propriedade expressamente ao da sua função social. Além disso, regulou a competência dos entes federados, atribuindo-lhes competências comuns e específicas sobre a gestão urbana, através de leis infraconstitucionais, tal qual o Estatuto da Cidade, a Lei nº. 10.257/2001.

A partir de então, todo imóvel deve ter uma função social e deve ser usado pelo proprietário, direta ou indiretamente, de modo a gerar utilidades. No dizer de Salles³⁰ “o proprietário desidioso, que não cuida do que é seu, que deixa seu bem em estado de abandono, ainda que não tenha a intenção de abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante o tempo previsto em lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se sua fosse. Esse é o fundamento da usucapião”.

Sendo uma das formas originárias de aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis, usucapião nada mais é do que a aquisição do domínio pela posse prolongada, de acordo com Beviláqua.³¹ Nas palavras de Diniz, usucapião é “um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, uso, habitação, enfiteuse pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos legais”.³²

Entende-se que usucapião é uma das formas de aquisição originárias de propriedade, desde que preenchidos requisitos, tais como, a posse ininterrupta, ânimo de dono e sem oposição, além do prazo de tempo definido legalmente, existindo várias modalidades, no Brasil, tais como: a) extraordinária (prevista no artigo 1.238 do Código Civil); b)

²⁹ HORACIO, Ivan. Manual prático dos registradores de imóveis. Leme: Cronus, 2021, p. 255-256.

³⁰ SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 27.

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Edição histórica, 1950. V. III.

³² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154.

ordinária (prevista no artigo 1.242 do Código Civil); c) especial urbana (artigo 183 da Constituição Federal de 1988); d) ordinária rural (art. 191, da Constituição Federal e no artigo 1.239 do Código Civil); e) especial rural (artigo 1º da Lei 6969/81); f) usucapião familiar (art. 1240-A do Código Civil), g) usucapião coletiva (artigo 10 da Lei 10.257/01); e a usucapião indígena (prevista no artigo 33 da Lei 6.001/73).

Dito isto, pergunta-se: imóveis públicos são passíveis de usucapião? Bom, a resposta constitucional para o problema está no art. 183, § 3º, da Constituição Federal, quando ali consta que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.³³

Importa notar que a Constituição Federal brasileira preceitua a impossibilidade da usucapião de imóveis públicos, enquanto o Código Civil estabelece a impossibilidade da usucapião de qualquer bem público, seja móvel ou imóvel. Igual preceito resta consignado no art. 102 do Código Civil de 2002: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

Assim, um particular, ao ocupar um terreno público, não estaria na posse do bem, mas, apenas exercendo sua mera custódia,³⁴ porquanto o entendimento atual e predominante na doutrina e na jurisprudência, em razão das normas expostas acima, é o de que mesmo que um particular tenha a posse pacífica de um bem público pelo tempo necessário à aquisição por usucapião dos bens privados, não adquirirá direito de propriedade sobre aqueles bens, pois o bem público é insuscetível de ser transferido pela prescrição aquisitiva.

Essa é a origem da definição da imprescritibilidade como um dos atributos desta categoria de coisas, juntamente com a impenhorabilidade, a não onerabilidade e a inalienabilidade relativa.³⁵ Também acompanha esse entendimento a Súmula n.º 340 do Supremo Tribunal Federal que, embora tenha sido aprovada em 1963, anterior ao Código Civil de 2002, e anterior à Constituição de 1988, segue sendo aplicada atualmente, possuindo o seguinte enunciado: “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

³³ O art. 183 da Constituição Federal de 1988 prevê que “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. [...] § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

³⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 609.

³⁵ GRAVA. Guilherme Saraiva. Usucapião de imóveis públicos: três questões para debate. (in) Estado e direitos humanos / Felipe Asensi, Flavio Mirza Maduro, Renato José de Moraes e Rosangela Tremel (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021, p. 131.

3. Súmula 340 do STF: princípio da função social da propriedade e sua aplicabilidade aos bens públicos

A Súmula n.º 340 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em Sessão Plenária de 13/12/1963, tem como escopo a proteção dos bens públicos, entendendo pela impossibilidade da aquisição destes pela via da usucapião, inclusive de bens públicos dominicais.

É por isso que é de fundamental importância um breve estudo sobre a função social da propriedade e bens dominicais e administração pública.

3.1. Análise sobre a função social da propriedade

O direito de propriedade foi forjado como algo absoluto em face do Estado, tanto o é que essa foi a ideia expressa pelo Código Civil de 1916,³⁶ que trouxe o conceito de posse como a exteriorização da propriedade. Noutras palavras, “só há posse onde haver propriedade”.³⁷

No entanto, com o passar do tempo, essa noção foi posta à prova pela necessidade urgente de que fossem criadas normas que protegessem efetivamente os interesses coletivos em face do interesse do indivíduo, impondo uma flexibilização na sua disciplina jurídica.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 abraçou a função social da propriedade como um direito constitucionalmente reconhecido, imortalizado no art. 5º da Constituição Federal, no rol daqueles direitos ditos fundamentais, logo, cláusula pétrea, causando uma profunda ruptura quanto ao conceito de direito de propriedade do Código Civil de 1916. Isso porque, a propriedade, na forma como foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu da Constituição Brasileira de 1988, ocorrendo “a substituição da ideia de aproveitamento pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura”.³⁸

³⁶ ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. Revista da AGU, [S. l.], v. 7, n. 18, 2008. DOI: 10.25109/2525-328X. v.7. n.18. 2008.314. Disponível em: revistaagu.agu.gov.br/. Acesso em: 26.6.2023, p. 146.

³⁷ GOMES, Orlando. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 17.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. Revista de Direito Comparado. V. 12, n. 2, mar. 1998, p. 251.

Imbuído de um sentimento democrático e social, o Constituinte de 1988 fez constar expressamente no inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social, estabelecendo de forma clara que a propriedade, no contexto constitucional vigente, não se reveste de seu caráter absoluto de outrora,³⁹ ao contrário, têm em seu bojo como atributo de conformação o que se entende por hipoteca social, obrigação para com a coletividade. Em outras palavras, traz a ideia de que a propriedade deve ser exercida de forma “mais condizente com os valores coletivos e sociais”.⁴⁰

Entusiasta do mesmo pensamento, Figueiredo afirma que a função social deve ser compreendida como conteúdo, o que quer dizer que quando se fala em função social da propriedade, “estar-se-á a dizer que o conteúdo da propriedade é social, destinado ao interesse coletivo. Destarte, a função social da propriedade consistiria em um dever atribuído ao sujeito proprietário, decorrente do próprio conteúdo do direito de propriedade, que impõe a destinação das propriedades para obtenção de uma vantagem de cunho difuso, relacionado aos não-proprietários”.⁴¹

Partindo da premissa de que a função social é conceito pertencente ao de propriedade, não seria estranho se entender que se o titular de um bem imóvel o deixasse em completo abandono, mesmo que possuindo direitos de proprietário, estaria descumprindo um dever constitucional, vez que a propriedade não estaria atendendo sua função social, ficando vulnerável quanto à mudança de propriedade pela via da usucapião.

Veja-se que os holofotes da Constituição Federal de 1988 deixaram de estar somente voltados para o direito de propriedade, passando, então, a focar em ações de cunho social de modo a explorar o bem de acordo com regras estatuídas de cunho difuso, ou seja, ambiental, cultural, dentre outras. No dizer de Comparato,⁴² a atualidade do direito reconhece excepcionalmente a existência de deveres positivos dos proprietários de certos bens em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo, em razão da função social da propriedade.

³⁹ CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; PINTO, Tamara Luiza Dall Agnol. A função social da propriedade rural no Supremo Tribunal Federal em contexto de esbulho possessório: uma análise hermenêutica. *Revista do Instituto De Hermenêutica Jurídica*, v. 29, 2021, p. 210.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 700.

⁴¹ FIGUEIREDO, Luciano Lima. *Os Reais Contornos Do Princípio Da Função Social Da(S) Propriedade(S)*. In: *Publica Direito*, Salvador. a. 5, n. 43, mar. 2008. Disponível em: www.publicadireito.com.br/, p. 4592.

⁴² COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

Logo, o proprietário de um imóvel deve revestir seu bem de um atributo que já é a ele inerente, ou seja, ele deve dar destinação certa, atendendo ao que o constituinte chamou de função social da propriedade.

Destaca-se que aquele que não cumpre o mandamento constitucional pode sofrer sanções. Como exemplo, o Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257/2001, prevê instrumentos a serem utilizados pelo poder público a fim de que o imóvel urbano cumpra a sua função social, quais sejam: parcelamento, edificação, utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo até a desapropriação do bem. No mesmo sentido, o art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002 prevê que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Fica cristalina a intenção do legislador brasileiro ao exigir do indivíduo que dê função social a sua propriedade, havendo, ainda, previsão constitucional para a perda de propriedade, pela via da usucapião, quando verificado abandono do bem, atendidos os requisitos da lei.

Mas, somente aos bens privados é exigida essa função social? Ao paginar a Constituição, vê-se que a resposta é não, independente do bem ser móvel ou imóvel.⁴³ Dessa forma, a regra imperativa é que, quer seja o bem privado ou público, deve seu proprietário lhe dar função social. Logo, a função social da propriedade é princípio constitucional que incide sobre toda e qualquer relação jurídica de domínio, pública ou privada, como bem delinea Rocha.⁴⁴

Nessa mesma percepção, Reis ⁴⁵ reconheceu a aplicação da função social sobre a propriedade pública, entendendo, ainda, que ela funciona como instrumento de combate ao eventual desvio de finalidade.

⁴³ A Constituição não faz distinção alguma quanto à característica dos bens, sua titularidade ou finalidade.

⁴⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. Malheiros, 2005.

⁴⁵ Nesse sentido, a aplicação do princípio da função social da propriedade pública é um remédio eficaz, tanto no sentido de ser mais um instrumento para coibir o desvio de finalidade e de garantir uma otimização da utilização do bem público, no sentido de se extrair desses bens o melhor benefício possível, levando-se em consideração não apenas o interesse público, mas acima de tudo o interesse social. Nesse último caso, a função social da propriedade pública age como um comando otimizador da discricionariedade do administrador público, com um conteúdo específico acerca dos bens de domínio público. REIS, João Emilio de Assis. *A função social da propriedade e sua aplicabilidade sobre bens públicos*. In: *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: www.publicadireito.com.br. Acesso em: 26.6. 2023.

Carvalho e Pinto,⁴⁶ após perpassarem pelas perspectivas da função social da propriedade em Locke, parecem sintetizar muito bem esse entendimento em seu estudo quando afirmam que ao ser ocupado um pedaço de terra e ali o homem posseiro trabalha, edifica, há a necessidade imprescindível da chancela daquela área específica como primeira apropriação, devendo o Estado, a partir desse momento, assegurar o direito sobre a terra, dando garantias de que aquele pedaço de chão não seja esbulhado, que não seja tirado do possuidor sua posse e sua titularidade, a não ser dentro das vias legais.

Então, fica patente que, se a propriedade descumpre o atributo da função social, mesmo sendo de domínio público ou de domínio privado, a ela devem incidir efeitos jurídicos que voltem a harmonizá-la com a sua obrigação constitucional.

3.2. Bens dominicais e a administração patrimonial de bens públicos

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 37, a eficiência como princípio inafastável de toda e qualquer atividade estatal, sobretudo da administração patrimonial pública. Isso porque a Constituição, no seu artigo 74, inciso II, prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

É por isso que Modesto ⁴⁷ afirma que zelo é regra cogente quanto se trata da administração de bens públicos, no sentido de que devem ser continuamente utilizados de forma produtiva e eficiente, sendo inadmissível qualquer comportamento negligente, contraproducente e ineficiente por parte do gestor público.

Hodiernamente, sem necessidade de exemplos específicos, é possível se verificar claros sinais de abandono de bens públicos, sobretudo daqueles bens dominicais, que deveriam ser administrados com zelo, eficiência, com destinação, sendo, portanto, situação que se distancia daquilo previsto na Constituição Federal.

⁴⁶ CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; PINTO, Tamara Luiza Dall Agnol. A função social da propriedade rural no Supremo Tribunal Federal em contexto de esbulho possessório: uma análise hermenêutica. Revista do Instituto De Hermenêutica Jurídica, v. 29, p. 205-222, 2021.

⁴⁷ MODESTO, P. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v51i2.328. Disponível em: revista.enap.gov.br/. Acesso em: 14.7. 2023.

Por conseguinte, frisando o anteriormente afirmado no sentido de que o enfoque deste artigo é somente quanto à possibilidade de usucapião de bens imóveis públicos dominicais, aqueles desafetados, sem finalidade, cuja aquisição prescritiva não pode ser feita por meio da usucapião, uma vez que há impedimento, conforme a Constituição, Código Civil e Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal.

4. Colisão entre princípios fundamentais: por uma nova perspectiva interpretativa da súmula 340 do STF a partir da teoria de Robert Alexy

Doravante, far-se-á uma análise da Súmula 340 do STF, pois seu conteúdo parece não se coadunar como medida razoável contra a aquisição de bens imóveis públicos dominicais pela via da usucapião, já que o referido precedente demonstra que a Suprema Corte Brasileira elegeu o princípio do interesse público sobre o interesse privado como única possibilidade absoluta vencedora quando em colisão com outros direitos fundamentais.

4.1. O Poder Judiciário e seu papel na tutela de (novos) direitos

Para Rolemberg,⁴⁸ “o Estado Democrático de Direito propõe ordenação jurídica voltada para garantia e implementação do futuro, transferindo a tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário”.

E continua dizendo que “a lei se submete, assim, a instância mais alta, a Constituição, espaço de mediação que potencializa a complexidade legal e obedece a princípios como, constitucionalidade, organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; justiça social; igualdade; divisão de funções ou poderes; legalidade; segurança e certeza jurídicas”.⁴⁹

Essa crise dos Poderes Executivo e Legislativo, em reconhecer novos direitos ou, em mudar textos de leis e da própria Constituição, leva ao fenômeno da judicialização de quase tudo no Brasil, dando ao STF o predicado de solucionador de tensões que surgem

⁴⁸ ROLEMBERG, S. S. Atuação judicial e controle de políticas públicas: o exemplo da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001 na tutela do direito fundamental à moradia por meio do reconhecimento da usucapião sobre bem público. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 6, n. 2, 2020. DOI: 10.26512/insurgencia.v6i2.32135. Disponível em: periodicos.unb.br/. Acesso em: 17.7. 2023, p. 11.

⁴⁹ ROLEMBERG, S. S. Atuação judicial e controle de políticas públicas: o exemplo da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001 na tutela do direito fundamental à moradia por meio do reconhecimento da usucapião sobre bem público. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 6, n. 2, 2020. DOI: 10.26512/insurgencia.v6i2.32135. Disponível em: periodicos.unb.br/. Acesso em: 17.7. 2023, p. 11.

na sociedade com as exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das modificações da realidade social.

Em sendo assim, o Poder Judiciário não pode se afastar da realidade dinâmica da sociedade, porquanto é urgente o resgate de direitos não realizados em contraste com a inércia do legislador que não acompanha essa dialética. E para que esse objetivo se concretize, há a necessidade contínua da revisão do modelo rígido da normativa que ainda trabalha conflitos interindividuais, enquanto a sociedade já reclama demandas transindividuais.⁵⁰

É por isso que Wolkmer assevera que “ao transpor os obstáculos para um acesso mais efetivo à Justiça por parte dos novos atores individuais, coletivos e transindividuais, é forçosa a exigência de uma gama de alterações profundas e inovações radicais que transcendam as esferas tradicionais de jurisdição, alcançando formas menos rígidas, mais céleres e plurais de procedimentos processuais. Tais implicações vão desde as modalidades de gerar a produção de “novos” direitos até a sua apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária. Cabe destacar, dessa forma, no interior do Direito positivo estatal, a utilização não só de um Judiciário reformado e mais democrático, mas a ampliação e efetivação de outras instancias reguladoras dos conflitos que envolvem ‘novos’ direitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e os Juizados Especiais (Cíveis e Criminais)”.⁵¹

Nesse sentido é que se afirma que o Poder Judiciário tem papel imprescindível e fundamental na construção de uma sociedade livre, democrática, que tenha seus direitos reconhecidos e amparados, ainda mais porque esse poder da República, possui como aliada a hermenêutica jurídica.

Acompanhando essa tendência, Streck afirma que a Constituição é a forma escrita do contrato social, produto de um processo constituinte.⁵² E continua, dizendo que, por isso, “a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do

⁵⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de pós-graduação em Direito, 2007, p. 85-86.

⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, Curitiba, 2013. Disponível em: revista.unicuritiba.edu.br/. Acesso em 06.7. 2023, p. 142.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1):65-77. Unisinos. Janeiro-junho 2009. Disponível em: revistas.unisinos.br/. Acesso em 30.6. 2023.

paradigma liberal, mas passa por uma revolução copernicana mediante o constituir da Sociedade”.⁵³

Em seguida, o mesmo autor advoga que a justiça constitucional pode e deve assumir uma postura intervencionista neste período pós-constituição de 1988, mas um intervencionismo substancial com foco na garantia do cumprimento dos preceitos e princípios intimamente gravados aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição, tudo para transformar a realidade consubstanciada na inefetividade da maioria dos direitos sociais previstos na Constituição, ante a postura atual do Poder Judiciário quando provocado para apreciação de institutos em ações e recursos constitucionais, bem como “na falta de uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores e posteriores à Constituição”⁵⁴

4.2. Breves considerações sobre colisão de direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy

Em se tratando de inefetividade de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal pátria, há de se entender, que muitos deles não são efetivados porque não tem chance de vitória em eventual colisão contra a supremacia do interesse público. A respeito disso, esse estudo já efetuou apontamentos.

No entanto, Alexy,⁵⁵ teórico alemão, ao compreender que as constituições possuem um catálogo de direitos fundamentais escritos, previu que esses direitos poderiam entrar em rota de colisão, no momento de sua interpretação e aplicação, gerando, para o intérprete, uma dificuldade acerca de qual dos princípios aplicar no caso concreto.

Nesse sentido, ao escrever obra intitulada “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy⁵⁶ dedicou o capítulo 3 de sua obra para tratar de uma elegante solução para o problema da colisão entre regras e para o problema da colisão entre princípios. No primeiro momento da dita obra, estabeleceu notável distinção entre regras e princípios, demonstrando que

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1):65-77. Unisinos. Janeiro-junho 2009. Disponível em: revistas.unisinos.br/. Acesso em 30.6. 2023, p. 72-73.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1):65-77. Unisinos. Janeiro-junho 2009. Disponível em: revistas.unisinos.br/. Acesso em 30.6. 2023, p. 73.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 217, p. 67-79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/. Acesso em: 17.7. 2023.

⁵⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

princípios e regras são espécies oriundas do gênero norma, e que a distinção entre elas representa “uma das colunas-mestras do edifício da Teoria dos Direitos Fundamentais”.⁵⁷ Alexy entende que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁵⁸

Em vista disso, Alexy pontuou que as regras são espécies de normas que “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos” e acrescenta, dizendo que regras “contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.⁵⁹

O autor estabelece que o conflito entre regras pode ser solucionado de duas formas: a) ou pela introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, que elimine o conflito; b) ou se uma das duas regras for declarada inválida.⁶⁰

Alexy distingue regras de princípios, entendendo estes como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁶¹

Marcia Haydée Porto de Carvalho define bem essa diferença quando pontuou que “um ponto básico na teoria de Alexy é a distinção entre regras e princípios. O autor explica que o ponto decisivo para os distinguir é que os princípios são normas que exigem sua aplicação na maior medida possível das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Disso decorre que os princípios são, portanto, “requisitos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser satisfeitos em graus variados e de que o grau adequado de satisfação não depende apenas do que é viável, mas também do que é juridicamente possível”.⁶²

Alexy afirma, ainda, que princípios absolutos, que não conhecem limites jurídicos, são incompatíveis com um sistema jurídico que proteja direitos fundamentais. Para ele, não há hierarquia formal abstrata entre os princípios, ou seja, todos estão no mesmo patamar,

⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁶² ALEXY Apud CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Casos difíciles e interpretación constitucional hard cases and constitutional interpretation. Revista de derecho constitucional europeo, ISSN 1697-7890, Año 16, Número 31, enero-junio de 2019. Disponível em: www.ugr.es/. Acesso em 30.6. 2023, p 78 (tradução nossa).

e que a relação condicionada é relativa, posto que o conflito só pode ser solucionado no caso concreto.⁶³

Já considerada a colisão entre regras, Alexy estabelece que a colisão entre princípios deve ser solucionada de forma distinta do conflito entre regras, na medida em que, quando em colisão, um dos princípios tem que ceder, não implicando a invalidade do princípio cedente, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção (Alexy, 2008). Além da verdade Alexy⁶⁴ explica que, sempre que ocorre uma colisão de princípios, “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” e que essa precedência é verificada de acordo com peso que cada princípio carrega consigo nessa colisão.

Alexy pontua que na colisão, essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios colidentes, pois a “solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.⁶⁵

No entanto, como esses pesos determinam essa precedência de um princípio em uma colisão, na Teoria de Alexy? Para ele, isso se dá na solução da colisão de princípios, por meio do emprego da máxima da proporcionalidade, com seus três subprincípios: a) da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado; b) da necessidade desse meio utilizado e; c) da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Esses princípios devem ser utilizados sequencialmente, de forma que o seguinte só poderá ser utilizado se, e somente se, o anterior não resolver a questão. Nos dois primeiros leva-se em conta somente as possibilidades fáticas existentes, enquanto no último considera-se as possibilidades jurídicas presentes.⁶⁶

Pelo princípio da adequação, deve-se encontrar um meio idôneo para atingir uma finalidade legítima. O princípio se torna mais claro quando Robert Alexy apresenta a seguinte hipótese: “suponhamos que o legislador introduza a norma N com o intuito de melhorar a segurança do Estado. N infringe a liberdade de expressão. A segurança do Estado pode ser concebida como uma questão de princípio, voltada para um bem coletivo. Podemos chamar esse princípio de P1. A liberdade de expressão pode ser concebida como

⁶³ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, nº 165, jan./mar., 2005, p. 123-134. Disponível em: www2.senado.leg.br/. Acesso em 30.6. 2023

⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p 93.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p 96.

⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

um direito individual fundamental que se baseia em um princípio. Chamaremos esse princípio de P2. Agora suponha que a norma N não é adequada para promover P1, ou seja, a segurança do Estado, e ainda viola P2, ou seja, a liberdade de expressão. Nesse caso de inadequação, existe a possibilidade fática de cumprir em maior medida ambos os princípios conjuntamente, declarando N inválido, do que aceitar a invalidade de N. Aceitar a validade de N não acarreta nenhum ganho para P1, mas apenas perda para P2. Tal solução não seria ótima de Pareto. Direitos como princípios requerem ótimo de Pareto”.⁶⁷

No exemplo, Alexy demonstra que determinado legislador introduz uma norma N para melhorar a segurança nacional (P1 = princípio do bem coletivo), mas ela não é adequada para promover este princípio, e ainda, infringe a liberdade de expressão (P2 = princípio da liberdade de expressão), existindo a possibilidade de declarar inválida a norma N, pois ela não seria adequada para otimizar o princípio P1. Alexy cita o ótimo de Pareto porque entende que a proporcionalidade tem uma relação direta com essa figura utilizada na economia para expressar a ideia de que “uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada”.⁶⁸ Esta é ilustração econômica que Alexy utiliza para demonstrar que o objetivo a ser perseguido na colisão de princípios, é a solução ótima, aquela que não tem mais como ser melhorada.⁶⁹

O princípio da necessidade, por seu turno, consiste em verificar o meio menos nocivo para atingir uma finalidade legítima. “Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (Alexy, 2008, p. 590). Para exemplificar, Alexy propõe o seguinte exemplo, baseado no princípio do bem coletivo (P1) e no princípio da liberdade de expressão (P2) e em uma norma (N): “A dedução da segunda regra, a regra da necessidade, é muito semelhante. Suponha que haja uma alternativa N’ para N, que seja adequada o suficiente para promover P1 e que viole P2 menos que N. Nessa situação, P1 e P2 proíbem N conjuntamente. N não é necessário para realizar P1, porque P1 pode ser cumprido com um custo menor. Novamente é um ótimo de Pareto”.⁷⁰

Já na fase da ponderação, estar-se diante de interesses opostos entre princípios abstratamente do mesmo nível, diante das circunstâncias do caso concreto. Isso quer

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 1ªed. México: Fontamara. 2002, p. 36 e 37 (tradução nossa).

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 589.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 1ªed. México: Fontamara. 2002, p. 37 (tradução nossa).

dizer que que numa colisão, dois princípios mostrarão uma contradição, limitando a possibilidade jurídica do cumprimento do outro e a solução se dará por meio da indicação de condições segundo as quais um princípio precederá o outro, podendo, inclusive, para o autor, a precedência ser solucionada inversamente.⁷¹

Para Alexy, a ponderação possui três etapas que devem ser seguidas para a sua realização, na primeira, determina-se a intensidade da intervenção; na segunda, trata-se da importância das razões que justificam a medida; finalmente, na terceira fase, faz-se a ponderação no sentido próprio e estrito.⁷² Percebe-se, então, que este terceiro princípio parcial da proporcionalidade compreende o balanceamento não só do peso, mas do significado dos direitos envolvidos, sobretudo daquele que resultará restringido. Referido princípio impõe a busca de uma solução de compromisso, através da qual se respeita, em determinada situação, mais um dos direitos contrapostos, procurando desrespeitar o mínimo possível o outro direito colidente, e jamais lhe faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes seu núcleo essencial.⁷³

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregada, que seja juridicamente a melhor possível, significando, acima de tudo, que não se fira o conteúdo essencial de direito fundamental com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo ocorrendo desvantagens para um direito nesta etapa da solução da colisão, as vantagens verificadas superam aquelas desvantagens.⁷⁴

A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais ladeia as discussões acerca dos limites existentes para restrição de um direito fundamental. Um destes limites é exatamente a aplicação da proporcionalidade, que os autores alemães denominaram “limites dos limites”, correspondendo ao elenco de proteções contra as restrições tão intensas que levariam ao esvaziamento ou supressão de um direito fundamental. No rol desses limites é incluído o núcleo essencial dos direitos fundamentais, também chamado de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, consagrado por algumas constituições de forma expressa, o que não se vê na Constituição Federal brasileira.

⁷¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷² ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/. Acesso em: 17.7. 2023.

⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

Willis Guerra Filho⁷⁵ defende que o núcleo essencial de um direito fundamental consiste num âmbito que não pode ser violado, mesmo nas situações de colisão entre princípios, em que haverá de se restringir um deles, o que implica em dizer que, mesmo que se precise fomentar um outro princípio, o intérprete não pode desprezar o núcleo essencial.

Duas são as teorias que versam sobre o objeto da proteção ao núcleo essencial: teoria objetiva e a teoria subjetiva. A primeira entende que a proteção do núcleo corresponde à disposição normativa do direito fundamental. Em outras palavras, deve ser resguardada a garantia geral e abstrata prevista no texto normativo. Já a teoria subjetiva entende que a proteção do núcleo essencial abarca o direito subjetivo do particular. Nesse sentido, Alexy entende que, embora os problemas decorrentes da proteção ao núcleo essencial sejam mais facilmente resolvidos com apoio da teoria objetiva, deve ser adotada também a teoria subjetiva – sem exclusividade de uma das duas – em função do caráter de direitos individuais dos direitos fundamentais.⁷⁶ A mesma posição é defendida por Canotilho, quando o autor sustenta que “a solução do problema não pode reconduzir-se a alternativas radicais porque a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter em atenção a função dos direitos da vida comunitária, sendo irrealista uma teoria subjectiva desconhecadora desta função, designadamente pelas consequências daí resultantes para a existência da própria comunidade, quotidianamente confrontada com a necessidade de limitação dos direitos fundamentais mesmo no seu núcleo essencial (ex: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso)”.⁷⁷

Destaca-se ainda a existência de discussão doutrinária que indaga se a proteção ao núcleo é absoluta ou relativa. Para a teoria absoluta ou teoria do núcleo duro, o núcleo essencial jamais poderia ser restringido e sua fixação seria feita de forma abstrata (Alexy, 2008). Esta visão determinaria qual conteúdo já estaria protegido, antes mesmo de se realizar a ponderação. Com efeito, é difícil sustentar que uma interpretação pode ser feita com uma norma cujo conteúdo já foi fornecido e tornado imutável, sem nem mesmo tomar conhecimento do caso concreto.⁷⁸

⁷⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional de Teoria da Constituição. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 419.

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A teoria relativa, por conseguinte, sustenta que o núcleo essencial será conhecido apenas após o processo de ponderação (sopesamento), sem definição prévia e abstrata.⁷⁹ A crítica que se faz contra a teoria relativa sugere que a entrega do núcleo à ponderação pode levá-lo ao esvaziamento, justamente aquilo que ele visa a proibir.

Muito embora autores diverjam de como se deva aplicar essas teorias, tais como Canotilho, Ana Barcelos e Humberto Ávila, Robert Alexy, apresenta solução condizente com seu pensamento acerca dos princípios. Para ele, ao invés de impor ao princípio da proporcionalidade um limite adicional à restrição de direitos fundamentais, a garantia do núcleo essencial, consagrada na constituição alemã, é mais uma razão em favor do princípio. Para ele, a ideia de que existem direitos que nunca são afastados por razões superiores, em certa medida, está correta. Entretanto, esse pensamento absoluto teria espreque na teoria relativa, posto que, para ele, quanto mais se deixa de realizar um princípio, mais forte ele se torna. Isto é, a força das razões que justificam a não realização tem de aumentar tanto quanto aumenta a intervenção. Assim, quanto maior uma intervenção, mais difícil será sua justificação. Citando Peter Häberle, Robert Alexy entende que tais condições definem o "âmbito nuclear da configuração da vida privada".⁸⁰

Entretanto, o caráter absoluto de sua proteção está intimamente ligado à relação entre os princípios. Eis, então, a justificativa para a proteção absoluta se basear na teoria relativa. Em circunstâncias normais, é tão alto o grau de segurança da proteção que é possível falar de uma proteção absoluta – que decorre sempre das relações entre princípios. Portanto, conclui o autor que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não impõe nenhuma limitação adicional à ponderação, ao contrário, decorre de sua utilização.⁸¹

Dito isto, e finalizadas as três fases da ponderação, tem-se a decisão em si, correspondente a uma solução corretamente argumentada conforme critério de que, “quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece”.⁸² Alexy entende que a técnica desenvolvida para a solução de colisão de princípios evita que os malabarismos

⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 300.

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸² AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, nº 165, jan./mar., 2005, p. 123-134. Disponível em: www2.senado.leg.br/. Acesso em 30.6. 2023, p. 128.

discursivos que conduzam a um entorpecimento dos direitos fundamentais, reduzindo a possibilidade de o juiz julgar de acordo com a suas noções pessoais de valor.⁸³

Essa lei de ponderação foi resumida por Letícia Balsamão Amorim, nos seguintes termos: “A lei de ponderação pode assim ser resumida: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem a base para diminuir a força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores”.⁸⁴

Alexy, em breve ensaio ponderou que a teoria dos princípios não somente é capaz de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais, mas possibilita um meio termo entre vinculação e flexibilidade, levando a sério a Constituição sem exigir o impossível.⁸⁵

Em síntese, Alexy previu que uma mesma norma pode ser regra e ser princípio, sendo que quando regra for, ou é aplicada ou não, mas quando princípio for, poderá ser realizado em diferentes graus, logo passível de ponderação.⁸⁶

4.3. Colisão de princípios fundamentais na Súmula 340 do STF: por uma nova perspectiva interpretativa

Demonstrando compromisso com a coerência deste estudo, pontua-se que a supremacia do interesse público sobre o privado será analisada como princípio fundamental constitucional e não como uma regra. Dito isso, passa-se ao âmago da proposta deste trabalho.

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 224-228.

⁸⁴ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, nº 165, jan./mar., 2005, p. 123-134. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>. Acesso em 30.6. 2023, p. 127-128.

⁸⁵ Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma "reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade". Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 217, p. 67-79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 17.7. 2023, p. 79.

⁸⁶ ALEXY Apud AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, nº 165, jan./mar., 2005, p. 123-134. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>. Acesso em 30.6. 2023, p. 130.

Conforme anteriormente explicitado, a Súmula 340 do STF tem o seguinte enunciado: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Trata-se de Súmula aprovada em 13.12.1963, à época da vigência do Código Civil de 1916, em momento anterior à Constituição de 1988 ao Código Civil de 2002.

Para a construção desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal teve como precedentes o julgamento dos RE 51265 (Publicações: DJ de 28/11/1963, RTJ 31/2), RE 4369 (Publicação: RF 97/353) e RE 7387 (Publicação: RF 109/105), conforme demonstrado no sítio eletrônico do SFT na internet (Notícias do STF, 2023). Em todos os três julgados precedentes da Súmula 340, o STF entendeu pela impossibilidade da usucapião de bens públicos.

Por causa do que está previsto na Constituição e no Código Civil, sempre que provocado para julgar processos que tenham como objeto reintegração de posse de bem público, ações originárias ou recursos constitucionais em sede de ações possessórias, o STF sempre decide de acordo com a súmula em comento, sempre erigindo o princípio da supremacia do interesse público, considerado por essa súmula, como princípio absoluto. E é por isso que Binhote e Vargas⁸⁷ criticam esse entendimento ao afirmarem que a ausência de uma problematização leva o Poder Judiciário a proferir decisões que ferem um dos pilares de nosso Estado Democrático, que inclui entre os direitos fundamentais protegidos o direito à moradia, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal.

Como exemplo, os julgados do STF no ACO 675, Rel. min. Ellen Gracie, P, j. 11-12-2014, DJE 29 de 12-2-2015⁸⁸ e AI 852.804 AGR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, j. 4-12-2012, DJE 22 de 1-2-2013.⁸⁹

⁸⁷ BINHOTE, Juliana Molina; VARGAS, Daniela. Usucapião em bens públicos: a função social da propriedade pública. 2007, disponível em: www.puc-rio.br/. Acesso em: 01.7. 2023.

⁸⁸ No que concerne à discussão em torno da posse do imóvel propriamente dito, cabe lembrar que, entre as características que envolvem os bens submetidos ao regime jurídico de direito público, podem-se referir sua inalienabilidade e sua imprescritibilidade, regras preservadas nos arts. 100 a 102 do Código Civil e na Súmula STF 340. “Súmula 340. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Dessa forma, inexistência de lei federal autorizativa impede que sobre o imóvel se pratiquem atos de posse. Além disso, os atos de mera permissão ou tolerância, como esclarece Tito Fulgêncio, “em si seriam suscetíveis de constituir uma apreensão de posse, mas não engendram nenhum direito de posse, não produzem seus naturais efeitos, porque não se fundam em obrigação preexistente, [...]”. Nesses termos, o artigo 1.208 do Código Civil estabelece que: “Art. 1208.- Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade. STF, Plenário, Ação Cível Originária nº. 685 – Roraima, Autor: União. Requerida: Estado de Roraima. Relatora: Ministra Ellen Gracie. P, j. 11-12-2014, DJE 29 de 12-2-2015.

⁸⁹ Consoante apontado na aludida decisão, a questão dos autos cinge-se em aferir se o bem imóvel situado na Praia do Forte - SC, e vindicado pela parte ora agravante, estaria sujeito à aquisição por usucapião, restando incontroverso a posse mansa e pacífica por mais de vinte anos pela família desse, além de terceiros. A ação foi julgada improcedente na origem, e confirmada em sede de apelação, uma vez que há prova nos autos que dão conta ser a UNIÃO a legítima dona do terreno, este contido em uma área maior conforme assentado nos autos por meio de prova pericial, e, nos termos da atual Constituição, são insuscetíveis de prescrição aquisitiva, ou até mesmo antes dela, dado o entendimento sufragado por esta Suprema Corte na Súmula 340/STF “Desde a vigência do Código Civil (1916 - Beviláqua), os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. STF, Plenário, Ação Cível Originária nº. 685 – Roraima, Autor: União. Requerida: Estado de Roraima. Relatora: Ministra Ellen Gracie. P, j. 11-12-2014, DJE 29 de 12-2-2015.

Em ambas as ementas não há a discussão principiológica, não há ponderações, não há menção dos termos “função social da propriedade” ou, ainda, “direito de moradia”, não sendo verificada, portanto, atividade hermenêutica alguma, ocorrendo, somente, a aplicação de uma regra tida como premissa absoluta.

Para o entendimento da proposta deste trabalho, suponha-se o seguinte panorama hipotético: Um terreno baldio, que é propriedade da União, sem destinação alguma, não afetado, abandonado pelo Poder Público, no qual uma família ali construiu uma casa para servir de abrigo, moradia.

No exemplo hipotético acaso a União ingresse com ação possessória, o Estado-Juiz certamente usará do precedente sumulado do STF para dar solução ao caso concreto, resultando no despejo da família com a reintegração da posse do terreno público abandonado.

Todavia, para o mesmo caso hipotético, propõe-se outra interpretação, agora pelo viés da hermenêutica jurídica, posto que, de forma clara, a discussão versa sobre colisão de princípios fundamentais: entre o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da função social da propriedade.

Alexy⁹⁰ apresenta elegante proposta hermenêutica para deslinde desses casos jurídicos, com possibilidade real de dar uma resposta para a seguinte pergunta: qual dos princípios deve preponderar?

Nesse sentido, parte-se da premissa de Alexy de que nenhum princípio tem preponderância absoluta sobre os demais e se propõe o uso da Lei da Colisão com o intuito de dar solução hermenêutica para o caso hipotético.

De início percebe-se que os princípios da adequação e da necessidade não são suficientes para a solução do caso, posto que não é possível a exclusão de uma das normas em conflito para a adequação ao caso concreto, nem há a possibilidade de escolha de meios que intervenham de modo menos intenso.

Estar-se, de fato, frente a um conflito de interesses opostos entre princípios abstratamente do mesmo nível, diante das circunstâncias do caso concreto. Há uma

⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

nítida colisão entre dois princípios que mostram uma contradição. Aqui, passa-se para a fase da proporcionalidade estrita, ou etapa da ponderação.

A Lei da Colisão, na etapa da ponderação, prevê três fases a serem seguidas. Para consolidação a primeira fase, identifica-se os princípios em conflito e os elementos que estão envolvidos na questão em análise. Dito isto, vê-se que de um lado está o princípio da supremacia do interesse público e, que de outro, o princípio da função social da propriedade, inseridos no panorama representado pelo terreno baldio, abandonado pelo Estado, mas que faz parte do patrimônio estatal, na categoria de bem dominical, e uma família pobre que, no dito terreno, construiu casa e plantou para sua subsistência.

O segundo passo a ser seguido é o da atribuição do peso ou importância a cada um desses princípios segundo o caso concreto.

À vista disso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado representa coluna baluarte da administração pública. O peso desse princípio é, portanto, enorme, porquanto, para a maioria absoluta da doutrina e da jurisprudência, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é reconhecido como categoria fundamental do Direito Administrativo brasileiro⁹¹, no sentido de que o interesse público é associado à própria noção de Estado, principalmente aos objetivos que este almeja.⁹²

Tratando da visão clássica desse princípio, Mello⁹³ aponta que “a ligação do interesse público com os fins do Estado, se afigura plenamente justificável: com efeito, não se poderia supor que o Estado alvitrasse fins e interesses privados, afastando-se de sua missão fundamental de organizar a coletividade e prestar-lhe a devida satisfação quanto ao seu bem-estar”. Esta ideia também é defendida por Garbado.⁹⁴

⁹¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

⁹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015.

⁹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015, p. 89-90.

⁹⁴ “Assim sendo, o fato do princípio estabelecer um pressuposto não indica que ele sempre será aplicado, pois o sistema não admite decisões com base em apenas um pressuposto. Isso significa que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é um critério exclusivo de decisão, assim como o da legalidade, o da publicidade ou da impessoalidade também não são. Estas colocações indicam que a adoção de um a priori apenas fornece um “ponto de partida” preferencial. Não é adequado atribuir um conteúdo dogmatista ao próprio conceito de princípio”. GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol.4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437, p. 105-106.

Na mesma senda, Ávila⁹⁵ diz que mesmo quando o interesse público “legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição”. E fecha seu raciocínio, assinalando que “é essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”.⁹⁶

Dito isto, o outro princípio em colisão é o princípio da função social da propriedade, já abordado nesta pesquisa. Mas, em sucintas palavras, esse princípio corresponde a “um dever atribuído ao sujeito proprietário, decorrente do próprio conteúdo do direito de propriedade, que impõe a destinação das propriedades para obtenção de uma vantagem de cunho difuso, relacionado aos não-proprietários”.⁹⁷

Com a constituição de 1988 esse princípio passou a nortear a exploração dos bens imóveis de acordo com regras estatuídas de cunho difuso, ou seja, ambiental, cultural, dentre outras. Logo, o proprietário de um imóvel deve lhe dar destinação certa, atendendo ao que o Constituinte chamou de função social da propriedade, podendo perdê-lo, em caso de abandono, pela via da usucapião.

Então, fica patente que, se a propriedade descumpre o atributo da função social, a ela devem incidir efeitos jurídicos que voltem a harmonizá-la com a sua obrigação constitucional. Ressalta-se que, conforme dicção da Constituição de 1988, do Código Civil e da jurisprudência, a possibilidade da usucapião de bens públicos é refutada.

Passando-se à terceira fase da ponderação, verifica-se qual princípio prevalecerá sobre o outro no caso concreto.

Viu-se que a usucapião de bens públicos encontra vedação expressa, decorrente da lógica do ordenamento jurídico brasileiro, que, por sua vez dá sustentáculo à Súmula 340 do STF.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/. Acesso em 10.7. 2023, p. 29.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/. Acesso em 10.7. 2023, p. 29.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Luciano Lima. Os Reais Contornos Do Princípio Da Função Social Da(S) Propriedade(S). In: Publica Direito, Salvador. a. 5, n. 43, mar. 2008. Disponível em: www.publicadireito.com.br/. Acesso em 12.6.2023, p. 4592.

Se o bem é de propriedade das pessoas jurídicas de direito público e se esse bem se encontra afetado, é natural que sobre ele incidam regras robustas de proteção patrimonial, que os mantenham salvaguardados de interesses particulares, posto que está sendo utilizado para o bem da coletividade.

No entanto, acaso o imóvel desafetado se encontre abandonado pela administração pública, estando sujeito à ocupação por um particular, sem resistência, preenchidos os requisitos da usucapião, esse bem não estaria, portanto, sendo administrado com zelo, descumprindo, de logo, sua função social, vindo de encontro àquilo protegido pelo princípio da supremacia do interesse público.

A função social da propriedade, eternizado no inciso XXIII do art. 5º da Constituição, ganha peso forte nesse conflito de princípios, pois traz a ideia de que a propriedade deve ser exercida de forma “mais condizente com os valores coletivos e sociais”.⁹⁸ Em outras palavras, quando o Poder Público não dá utilidade aos bens que estão no seu patrimônio e, no caso hipotético, quando o particular pleiteia a propriedade do bem pela via da usucapião por ter preenchido os requisitos previstos em lei, a negativa baseada na imprescritibilidade absoluta dos bens públicos seria um posicionamento impositivo, cruel e impeditivo do exercício de um direito fundamental sem que isso significasse, por outro lado, qualquer benefício à coletividade.

Essa ideia ganha expressividade nas palavras de Farias e Rosenthal,⁹⁹ segundo os quais essa vedação constitucional deveria ser aplicável somente aos bens materialmente públicos, isto é, que de fato possuem alguma finalidade ou utilidade. Eles apontam, ainda que aqueles bens que são formalmente públicos, sem destinação, sem afetação, não poderiam exigir para si os atributos do regime jurídico-administrativo.¹⁰⁰

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 700.

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.

¹⁰⁰ Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional, que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social. Entrementes, a Constituição Federal não atendeu a essa 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 formal e materialmente público, haveria óbice à usucapião. Essa 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. Curso de Direito Civil. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5, p. 342.

Seria possível, na fase de mensuração, discutir, dentro do princípio da função social da propriedade o princípio fundamental social da moradia, que tem lugar no art. 6º da Constituição, posto que é dever do Estado promover esse direito essencial.

Dito isto, e neste caso concreto, fica demonstrado, conforme a fase da ponderação, que o princípio da função social da propriedade prevaleceria sobre o princípio do interesse público, porquanto não basta ao Estado a adoção de uma postura negativa, mas é necessária a adoção de modelos de justiça social com foco na redução de desigualdades e de modo efetivo, com vistas a erradicar estados de vulnerabilidades.

Na última fase, a da ponderação, o princípio da supremacia do interesse público não desaparece, tampouco foi desrespeitado a ponto de ser eliminado, nem teve seu núcleo essencial ferido, posto que, por ser princípio abstrato, no caso concreto, conforme Alexy,¹⁰¹ tem sua preservação garantida pela proporcionalidade em sentido estrito, cedendo espaço para o princípio da função social da propriedade ante técnica de sopesamento apresentada.

Nota-se, portanto, que, consoante previu Alexy,¹⁰² a solução desses conflitos entre princípios abstratos se dá no caso concreto servido o resultado ótimo para o caso em análise e para os casos idênticos que se sucederem.

Há, portanto, pelas lentes de Alexy, a possibilidade da revisão da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal quanto aos bens dominicais, posto que aquele Tribunal Superior tem o condão de interpretar a Constituição.

5. Considerações finais

O presente artigo teve como escopo a demonstração que na discussão quanto à impossibilidade da usucapião de bens dominicais estão imbricadas outras discussões de cunho principiológico, mormente aquelas relacionadas à colisão de princípios, que devem ser observadas no momento da solução judicial dos casos que envolvam a hipótese.

Dessa forma um olhar específico e interpretativo é necessário. Por isso, a via hermenêutica se demonstrou como instrumento potencialmente necessário dessa mudança de perspectiva quando da interpretação de direitos fundamentais.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

A via de solução apresentada foi a possibilidade da discussão do problema pela via hermenêutica, escolhendo-se, para tanto, aquela desenvolvida Robert Alexy, a chamada Lei da Colisão, mormente porque para ele, princípios devem ser abstratos e iguais não podendo existir hierarquia entre eles, posto que esse atributo permite a concretização de direitos fundamentais nos casos judiciais.

Em sendo, assim, argumentou-se no sentido de que há possibilidade do princípio da função social da propriedade se sobrepor ao princípio da supremacia do interesse público quando estiverem em colisão na discussão da possibilidade de usucapião de bens dominicais.

O exemplo hipotético tratado ao final, demonstra que a validade da Súmula 340 do STF em relação aos bens dominicais pode ser revista, pois esse cenário de injustiça exige que o debate seja perene e que eventuais reformas constitucionais e legais, bem como jurisprudenciais, podem criar condições para que o sistema jurídico brasileiro se aproxime mais das realidades e necessidades nacionais.

Referências bibliográficas

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 7, n. 18, 2008. DOI: 10.25109/2525-328X. v.7. n.18. 2008.314. Disponível em: revistaagu.agu.gov.br/. Acesso em: 26.6.2023.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/. Acesso em: 17.7. 2023.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 1ªed. México: Fontamara. 2002.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, nº 165, jan./mar., 2005, p. 123-134. Disponível em: www2.senado.leg.br/. Acesso em 30.6. 2023.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em online.fliphtml5.com/. Acesso em 10.7. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRUFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião Constitucional Urbano e Rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Edição histórica,

1950. V. III.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINHOTE, Juliana Molina; VARGAS, Daniela. *Usucapião em bens públicos: a função social da propriedade pública*. 2007, disponível em: www.puc-rio.br/. Acesso em: 01.7. 2023.

BUSHATSKY, Jaques. *Posse e seus efeitos*. São Paulo: Advocacia Dinâmica, 1964.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional de Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Supremacia do interesse público e Estado de Direito. (in) *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul/set. 2011, p 87-104.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Casos difíciles e interpretación constitucional hard cases and constitutional interpretation. *Revista de derecho constitucional europeo*, ISSN 1697-7890, Año 16, Número 31, enero-junio de 2019. Disponível em: www.ugr.es. Acesso em 30.6. 2023.

CARVALHO, Marcia Haydée Porto de; PINTO, Tamara Luiza Dall Agnol. A função social da propriedade rural no Supremo Tribunal Federal em contexto de esbulho possessório: uma análise hermenêutica. *Revista do Instituto De Hermenêutica Jurídica*, v. 29, p. 205-222, 2021.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. Os Reais Contornos Do Princípio Da Função Social Da(S) Propriedade(S). In: *Publica Direito*, Salvador. a. 5, n. 43, mar. 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luciano_lima_figueiredo.pdf. Acesso em 12.6.2023.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GRAVA, Guilherme Saraiva. Usucapião de imóveis públicos: três questões para debate. (in) *Estado e direitos humanos / Felipe Asensi, Flavio Mirza Maduro, Renato José de Moraes e Rosângela Tremel (organizadores)*. – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HORACIO, Ivan. *Manual prático dos registradores de imóveis*. Leme: Cronus, 2021.

MARTINS, A. S. C.; DELGADO, C. da C. O.; PIRES, R. N.; COSENDEY, T. de A. Interesse público de quem? a releitura do princípio da supremacia do interesse público à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista Vianna Sapiens*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 20, 2017. Disponível em: www.viannasapiens.com.br/. Acesso em: 14.7.2023.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Forense, vol. I, 2ª ed., 1979.

MODESTO, P. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v51i2.328. Disponível em: revista.ena.gov.br/. Acesso em: 14.7. 2023.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

REIS, João Emilio de Assis. A função social da propriedade e sua aplicabilidade sobre bens públicos. In: *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012*. Disponível em: www.publicadireito.com.br/. Acesso em: 26.6. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. Malheiros, 2005.

ROLEMBERG, S. S. Atuação judicial e controle de políticas públicas: o exemplo da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001 na tutela do direito fundamental à moradia por meio do reconhecimento da usucapião sobre bem público. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, v. 6, n. 2, 2020. DOI: 10.26512/insurgencia.v6i2.32135. Disponível em: periodicos.unb.br/. Acesso em: 17.7. 2023.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de pós-graduação em Direito, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(1):65-77. Unisinos. Janeiro-junho 2009. Disponível em: evistas.unisinos.br/. Acesso em 30.6. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Revista de Direito Comparado. V. 12, n. 2, mar. 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos*. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, Curitiba, 2013. Disponível em: revista.unicuritiba.edu.br/. Acesso em 06.7. 2023.

Como citar:

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; CUTRIM FILHO, Pedro Bergê. A possibilidade da usucapião de bens imóveis dominicais sem funcionalidade: análise hermenêutica da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal a partir da teoria de Robert Alexy. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

17.9.2023

Aprovado em:

27.11.2023