

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

Sheila Santos Rolemberg¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a atuação positiva e reflexiva do poder judiciário no controle de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais em um contexto de crise, desfuncionalização, deslegitimação política do Estado Moderno e judicialização de demandas sociais. Exemplifica-se o ativismo judicial com fito na concretização de políticas públicas a partir da análise da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001, ação judicial que exige a tutela jurisdicional do direito fundamental à moradia e que acaba por reconhecer a usucapião especial de bem público desafetado de função, tese advogada por parte minoritária da doutrina. A pesquisa bibliográfica toma por fundamento estudos de Arenhart, Bobbio, Cunha Júnior, Farias e Rosenthal, Fortini, Piovesan, Tartuce e Simão, Wolkmer, dentre outros estudiosos, tendo sido realizada, ainda, pesquisa e análise de acórdão dos Tribunais Superiores, STF e STJ, além dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Novos Direitos. Ativismo Judicial. Usucapião. Bens Públicos.

1 INTRODUÇÃO

A logística do sistema de expansão, acumulação e circulação do capital gera contradições internas que propiciam a emergência de crises estruturais. A necessidade de regulação da relação capital e trabalho impõe a legitimação desta ordem por meio da instituição de um amparato político correspondente, qual seja o Estado.

Ao Estado Moderno são atribuídas funções básicas que, em decorrência das contradições intrínsecas ao próprio sistema, colocam essa instituição em conflito por impossibilidade de cumprir seu papel, ou seja, sua desfuncionalização, consequência de um novo fenômeno, a globalização do Mercado, que acaba por orientar a logística de sua atuação e organização, colocando em xeque a soberania dos Estados-Nação.

¹ Advogada. Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Guanambi. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. E-mail: ssrolemberg@gmail.com.

O Estado Democrático de Direito instituído no Brasil com a Constituição Federal de 1988 está em crise, necessitando, assim, rever seus papéis na esfera econômica, nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais, posto que os modelos conhecidos não mais apresentam funcionalidade adequada.

Da Carta Magna, fundada na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, além do pluralismo político, emerge um modelo de Estado indissociável da realização dos direitos fundamentais e dotado de instrumentos que permitem o resgate da igualdade e da solidariedade, propondo-se uma ordenação jurídica voltada para garantia e implementação do futuro, transferindo a tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

O espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Nesse momento, ao juiz é atribuído papel relevante como o “terceiro imparcial” que compensa o “déficit democrático”. O Poder Judiciário, contudo, ainda está baseado no modelo jurídico individualista, formal e dogmático, sendo imperiosa a reformulação do paradigma de forma a se readequar conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os “novos” direitos.

A capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, está intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, dependendo o referido poder, enquanto sistema, do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência, medida através da sua capacidade de absorver e tratar conflitos.

Dentro desse contexto, o trabalho traz como pano de fundo a discussão sobre a concretização do direito fundamental à moradia, a atuação do judiciário na tutela desse direito, trazendo o questionamento sobre a aplicabilidade usucapião especial para fins de moradia sobre bens públicos desafetados de função como instrumento de regularização fundiária.

As questões vinculadas à regularização fundiária fomentam grandes discussões na contemporaneidade. A posse de propriedade alheia é uma realidade cotidiana que coloca em confronto interesses de proprietários e posseiros. Aos interesses de proprietários impõe-se o princípio da função social da propriedade e dentre os grandes proprietários no Brasil está o Estado. Evidente que os interesses do Estado quanto às suas propriedades imóveis por vezes divergem dos interesses de particulares. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro protege de forma diferenciada o direito de propriedade de entes públicos e de particulares.

A discussão quanto à função social da propriedade pública é de fundamental pertinência. Não somente para garantir o direito de posseiros, posto que a usucapião constitui

instituto que garante de forma efetiva e plena o direito de propriedade destes, mas, para impor ao Estado que dê efetiva destinação social às propriedades públicas, o que pode, também, ser imposto frente à possibilidade de prescrição aquisitiva quando conferida a esta função para fins de moradia por particular, sob a égide do princípio constitucional da função social da propriedade.

Por ser o mencionado princípio constitucional tido como consectário do princípio basilar da lei maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana, e frente à sua intrínseca vinculação com o direito fundamental do acesso à moradia, questiona-se a existência de hierarquia axiológica entre a norma-princípio da função social e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, com fito na concretização do mencionado direito social fundamental por meio de atuação positiva e reflexiva do poder judiciário no julgamento de demandas.

Para fomentar a discussão, buscou-se trabalhar com a Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001, no qual foi proferido Acórdão que se apresenta como decisão inovadora o suficiente para impulsionar o fortalecimento da tese advogada por parte minoritária da doutrina. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sites do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais de todo o Brasil a partir da pesquisa livre pelos termos “usucapião”, “bem público” e “município” – este último somente na pesquisa nos Tribunais Estaduais. Dentre os acórdãos apresentados pelos sites foi selecionado 1 (um) deles, o qual foi objeto de análise pormenorizada.

2 ESTADO, CRISE E DESFUNCIONALIZAÇÃO

O Estado Moderno pode ser concebido como aquele nascido a partir da segunda metade do Século XV com o desenvolvimento do capitalismo mercantil, tratando-se, portanto, de um fenômeno específico da modernidade, construído historicamente (BOBBIO, 1998, p.83). Com o fim do complexo sistema feudal, precindiu-se de uma racionalização da gestão do poder, ao passo que as relações sociais evoluíam, carecendo de nova roupagem política.

A lógica capitalista, por meio de sua sistemática de expansão, acumulação e circulação do capital, prescindiu da subsunção do trabalho ao capital, tendo como pressuposto a separação do produtor direto de seus meios de produção e subsistência, condição que impõe sua subordinação. Para a legitimação desta ordem e regulação da relação capital e trabalho se fez necessária a instituição de um aparato político correspondente, o Estado Moderno.

Ao Estado são atribuídas funções, as quais foram expandidas progressivamente com a expansão estrutural da economia de mercado. Essas funções, descritas como econômicas, são subdivididas por KURZ (1997, p. 95-108) em cinco níveis, quais sejam a implementação de um processo de “juridificação”, a prestação de serviços para sanar problemas sociais e ecológicos, o fornecimento de agregados infraestruturais, a atuação como operador da produção para o mercado e promoção de política de subsídios e o protecionismo.

As funções econômicas em suas diversas dimensões geram demandas financeiras ao Estado que crescem permanentemente a pari passo com a expansão da economia de mercado e, inexoravelmente, com a relação monetária abstrata. As fontes de renda do Estado são restritas, contudo, não possuindo este, em verdade, nenhuma faculdade de criação de dinheiro, dependendo estruturalmente da aquisição de dinheiro pela sociedade civil no mercado, de modo que se possa financiar também a atividade crescente do Estado.

A economia de mercado moderna, a qual cresceu, sobretudo, dentro do espaço funcional das nações criadas no Séc. XVIII, globalizou-se, sendo a exportação de mercadorias incrementada apela exportação do capital, já no Séc. XX, o que “devassou as entranhas da economia nacional” (KURZ, 1997, p. 135).

Em consequência, o Estado se torna cada vez menos o “capitalista ideal”, sendo sua atuação cada vez menos incisiva sobre o estoque de capital nacional, pois a economia privada avança todos os limites, enquanto o Estado permanece restrito às suas fronteiras territoriais.

O Estado perde o poder de impor limites à ação desenfreada do mercado, tendo sua competência diminuída, pois diante de qualquer ameaça de empecilho às suas intenções e objetivos, as empresas globalizadas ameaçam realocar seus investimentos para outras nações. A internacionalização do estoque monetário propicia a perda do controle estatal sobre o capital e diminui as receitas públicas, o que, por consequência, leva a déficit financeiro (KURZ, 1997, p. 138).

Vê-se, desta forma, que as contradições inerentes à logística de expansão, acumulação e circulação do capital geram uma crise econômica estrutural e cíclica que acarreta em empecilhos, inclusive, à atuação do Estado no exercício das suas funções econômicas, o que implica na sua desfuncionalização.

“Produzir onde os salários são mais baixos, pesquisar onde as leis são generosas e auferir lucros onde impostos são menores” (KURZ, 1997, p. 137) são exigências características da concorrência no mercado globalizado contemporâneo. O capital, que não mais integra o estoque de capital nacional, imprimi uma nova dinâmica estratégica que desprivilegia o desenvolvimento econômico, o que vem ocorrendo desde o início do Século XX quando a

exportação de mercadoria foi incrementada pela exportação de capital. Com o objetivo de atrair o capital, os Estados acabam perdendo o “comando” sobre o capital e tendo diminuídas suas competências. Ao passo em que se impõe uma integração direta e sem entraves ao mercado mundial, simultaneamente, um número cada vez menor de pessoas consegue se integrar a este.

Evidência da soberania do mercado sobre o Estado pode ser extraída da ideia de invalidação progressiva da premissa do provimento de serviços qualificados pelo Estado, que foi intensificada desde a década de 70 pelo fortalecimento de uma ideologia crítica ultra radical do liberalismo e defesa da menor interferência do Estado nas relações sociais. Para HOBBSAWM (2001, não paginado), passou-se a argumentar, à época, tomando por fundamento convicções mais facilmente correlacionadas com o teológico do que com evidências históricas, que todos os serviços prestados pelas instituições públicas são dispensáveis ou são melhor fornecidos pelo Mercado. A forma de operacionalização da empresa privada, que maximiza lucros, se tornou paradigma.

SPLENGER (2007, p. 80), após distinguir diversas formas governo que decorreram a partir da constituição do Estado Moderno, atenta para o fato de que o Estado Contemporâneo está em crise, sendo necessária a revisão de seus papéis na esfera econômica, nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais, posto que o tradicionais não mais funcionam, evidenciando ameaça ao desempenho das suas funções características (p.80-81).

Aduz WOLKMER (2013, p. 123) que a ordenação pragmática que sustenta os modelos de Estado e Direito Modernos - a qual favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), edifica uma concepção monista de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista (ciência jurídica), tem sofrido, nas últimas décadas do século XX, fortes impactos provenientes do "espaço-tempo mundial", expressos numa conjuntura de globalização.

Com a crise do projeto de modernidade, vivencia-se deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. As contradições apresentadas pelo paradigma atual da ciência jurídica tradicional propiciam lentas e graduais mudanças e construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar.

Dentro desse contexto de crise e desfuncionalização do Estado, devemos atentar para o papel do Poder Judiciário e de suas instituições, além dos efeitos e limites dessa atuação, para a concretização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e instituídos pelo Estado Democrático de Direito, o que passamos a fazer a seguir.

3 O PODER JUDICIÁRIO E SEU PAPEL NA TUTELA DE NOVOS DIREITOS

O Estado Democrático de Direito, para SPENGLER (2007, p. 80-85), propõe ordenação jurídica voltada para garantia e implementação do futuro, transferindo a tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário. O seu conteúdo vai além da garantia da dignidade humana, sua ação é de oportunizar a participação pública na formação da vontade democrática popular, haja vista que exercendo o dever de estruturar o “Estado Constitucional” articula “Direito” e “poder” sob a prevalência do princípio da soberania popular, na qual o poder político deriva do poder do povo.

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.

A Constituição Federal de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, que se funda na soberania popular, conforme já mencionado, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, além do pluralismo político. Esse Estado é indissociável da realização dos direitos fundamentais e será dotado dos instrumentos que permitam o resgate da igualdade e da paz social pela lei, lei esta que não se presta só a corrigir as condições dos desiguais.

Dentro do contexto de crise do Estado e Direito Moderno, sinaliza WOLKMER (2013, p. 124) que se faz necessária a construção de novo paradigma para a teoria jurídica, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de "novos" direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estaque assumem caráter relativo, difuso e individual.

Considerando a condição de pessoa como requisito único para a titularidade de direitos - ser humano tido como essencialmente moral, dotado de unidade existencial e dignidade, PIOVESAN (2010, p. 11-12) articula a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, por estar adstrito a legítimo interesse internacional quanto ao tema, superando-se, assim, a concepção de que a forma a qual o Estado tratava seus nacionais constitui problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Conclama-se, desta forma, pela universalidade, ou seja, pela extensão universal dos direitos humanos.

Ao lado do sistema normativo global se desenvolvem os sistemas normativos regionais de forma complementar, compondo um universo instrumental de proteção aos direitos humanos, inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal. Emerge, assim, a tutela dos direitos fundamentais fundados constitucionalmente.

Face à universalidade e ampliação desses "novos" direitos, com fito em precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, propõe WOLKMER (2013, p. 126 – 130), compartilhando as interpretações de autores como Bonavides e de Sarlet, a ordenação histórica dos "novos" direitos em cinco grandes "dimensões", haja vista que esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente, restando claras a "inter-relação e a indivisibilidade" de todos os direitos.

O surgimento e a existência dos "novos" direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das modificações das realidades sociais, por isso, sua conceituação deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais, coletivas e metaindividuais.

Emergindo informalmente por meio das ações sociais, em decorrência das práticas conflituosas ou cooperativas, o processo histórico de criação ininterrupta dos "novos" direitos toma por fundamento a afirmação permanente das necessidades humanas específicas e a legitimidade de ação dos novos atores sociais, dentro de um contexto de crise dos paradigmas de fundamentação e num cenário composto por novos atores sociais, demandas e necessidades emergenciais e conflitos plurais.

Apesar da afirmação formulada por SPENGLER (2007, p. 80-85) de que no Estado Democrático de Direito há deslocamento da tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, assente a autora que a lei democrática vincula até mesmo o legislador que a cria, pois não é instrumento de dominação arbitrária. A leitura formal, entretanto, não é suficiente para enfrentar conteúdos reais e atuais da sociedade submetida a contradições econômicas e culturais, violada em sua consciência política; aqui, o ordenamento jurídico convive com o pluralismo de fontes e ordenamentos e a lei pode manter conflitos ao invés de solucioná-los sem a ação dinâmica que une Estado e Direito.

O Judiciário não deve se afastar da realidade social, porque urgente o resgate de direitos não realizados, a ponto de haver o deslocamento do centro de decisões. A consecução do objetivo depende da revisão do modelo rígido da normativa que ainda trabalha conflitos interindividuais quando a sociedade já se reveste de demandas transindividuais – essa é a crise do modelo de produção do Direito.

Necessário, assim transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os "novos" direitos. Diante da existência de limitações nos procedimentos, impõe-se a ousadia da criação de mecanismos alternativos, fundados em instancias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas.

Diante dos diversos desafios para a concretização do Estado Democrático de Direito, a implementação dos direitos humanos como racionalidade de resistência se apresenta como plataforma emancipatória. Partindo do pressuposto de que nossa Constituição impõe ao Judiciário, enquanto poder desarmado, que a esta instituição seja submetida a competência última de decisão, imperiosa a luta pelo direito a uma justiça mais acessível, independente, efetiva e democrática, que exerça sua jurisdição inspirada pela ética dos direitos humanos.

4 ATUAÇÃO JUDICIAL E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O EXEMPLO DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.10.011238-3/001 NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA POR MEIO DO RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO SOBRE BEM PÚBLICO

A vedação à prescrição aquisitiva de bens públicos, teoricamente, é inerente à sua natureza. Sob essa fundamentação, a Constituição Federal do Brasil dispõe em seu artigo 183, § 3º que: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

A primeira vez em que a usucapião foi expressamente proibida foi no Decreto nº 22.785, de 1933, seguindo-se por norma semelhante disposta no Decreto nº 710 de 1938 e, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 9.760 de 1946. Em 1963 o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 340 consagrou o entendimento de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Observe-se que o legislador utiliza critério formal para distinguir o bem público do bem particular, posto que o Código Civil de 2002, em seu art. 98, atribuiu a condição de bens públicos aos que compõe o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público.

Esse critério de distinção imposto pelo legislador, não se apresenta em consonância com a realidade político-social de um Estado Democrático de Direito, pois valoriza rótulos e promove divisão hermética entre as categorias de bens a partir do regime jurídico a que se submetem as pessoas jurídicas da Administração Pública, sem contemplar a realidade. Em verdade, homenageiam-se indistintamente os bens das pessoas jurídicas de direito público,

independentemente de estarem dedicados ou não para o alcance do interesse público (FORTINI, 2004, não paginado).

Parte minoritária de estudiosos do direito observa distinção entre os bens públicos, que podem ser classificados em bens material e formalmente públicos, sendo que os primeiros são aqueles que possuem destinação público-social específica e os últimos podem até possuir destinação, mas podem estar a descumpri-la, situação em que passariam a ser usucapíveis, em respeito ao princípio da função social da propriedade (COUTINHO, 2009, p. 2).

Para CHAVES e ROSENVALD (2010, p. 279-280), partindo-se de uma análise civil-constitucional, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos seria equivocada, constituindo ofensa ao valor da função social da posse e ao princípio da proporcionalidade. Também para estes autores, os bens públicos se dividem em materialmente públicos, que seriam os registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, mas excluídos de qualquer forma de ocupação, e formalmente públicos, aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, pois dotados de função social. A partir da classificação dos bens públicos conforme sua destinação e atendimento à função social, poderiam os bens formalmente públicos ser passíveis de usucapião, satisfeitos os demais requisitos, sendo obstada a usucapião somente sobre os bens materialmente públicos, pois, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.

Ao Estado Democrático de Direito não é permitido se furtar do respeito às próprias normas. Da própria denominação do “bem público” se extrai a necessária consonância ao princípio da função social da propriedade. A problemática é, em verdade, prática, pois vários dos ditos bens públicos não possuem afetação, estando, desta forma, em descumprimento com a função social da propriedade. Esse descumprimento, assim, como no caso dos bens privados, pois o conceito de propriedade é único, gera a possibilidade de aquisição do bem por usucapião (FORTINI, 2004, não paginado).

E, para além disso, o interesse público não deve se sobrepor sobre o interesse particular, em especial, quando este último está interligado à concretização de direitos fundamentais. Conforme disposto por SARMENTO (2007, p. 50), o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não constitui critério adequado para solver conflitos advindos de colisões desses interesses. Isto porque, o referido princípio é fruto de uma concepção autoritária do Direito Administrativo, empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade. O princípio em pauta vem, assim, tendo questionada sua existência,

com fito em sua reformulação, de forma que se torne mais compatível com os direitos fundamentais do administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito.

Elidindo a possibilidade da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, nos moldes em que se apresenta ainda hoje, tem-se que a técnica a ser utilizada para a resolução de conflito entre os valores constitucionais apresentado neste trabalho, qual seja o choque entre o princípio da função social da propriedade, que está entrelaçado à concretização do direito fundamental à moradia e à dignidade da pessoa humana, e a vedação constitucional da usucapião de bem público, seria a ponderação de interesses.

Na colisão da vedação da usucapião sobre imóveis públicos disposta no art. 183, § 3º, da CF, norma regra que se reporta ao princípio da supremacia do interesse público, e o princípio da função social da propriedade, que tendo como plano de fundo a concretização do direito fundamental à moradia e da dignidade da pessoa humana quando da usucapião especial para fins de moradia, resta evidente a primazia deste último. Isto porque a norma-princípio confere maior concretude ao valor máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) quando em conflito com a norma-regra de proibição regulatória dos bens públicos.

Decisão atual que vem esquentando as discussões acerca da possibilidade da usucapião sobre bens públicos foi proferida no processo nº 194.10.011238-3, pelo juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, que indeferiu o pedido desocupação de área pública estadual formulado pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG) formulado em Ação Reivindicatória. A área em litígio soma 36 mil metros quadrados e está situada no Km 280 da BR-381, próximo ao trevo de Antônio Dias, onde residem cerca de dez famílias, formadas, em sua maioria, por servidores e ex-servidores do próprio DER- MG, instalados no local desde a construção da rodovia - cerca de 30 anos (TARTUCE, 2014, não paginado).

O juízo de primeiro grau decidiu por declarar o domínio das famílias sobre a área ocupada, pedido contraposto formulado pelos réus, seguindo parecer do Ministério Público, que opinou pela improcedência do pedido do DER-MG, sendo favorável à declaração do domínio do imóvel ocupado.

Como era de se esperar, o DER-MG recorreu da decisão desfavorável, tendo o TJMG se pronunciado sobre o caso em 08/05/2014 no acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001. O Órgão Colegiado decidiu por negar provimento ao recurso, conforme disposto em ementa que segue:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DETENÇÃO – INOCORRÊNCIA – POSSE COM “ANIMUS DOMINI” – COMPROVAÇÃO – REQUISITOS DEMONSTRADOS – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EVIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – EVIDÊNCIA – PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição. (TJMG, Acórdão, AC n. 1.0194.10.011238-3/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, DJ 08/05/2014)

No recurso, o DER-MG alega ser proprietário do imóvel em litígio, o qual serviu de acampamento para os servidores da autarquia quando da construção das rodovias estaduais, e que, diante do contexto, os servidores sempre tiveram ciência de que o imóvel era de titularidade do DER-MG, configurando a sua tolerância na utilização do bem mera detenção consentida, não induzindo posse os atos de mera permissão ou tolerância.

Em seu voto, o Desembargador Relator Barros Levenhagen considerou que os requisitos para a usucapião restaram configurados, dando especial destaque à distinção entre detenção e posse, concluindo que os apelados exerciam posse sobre o bem objeto da lide, e que, apesar dos bens públicos não serem passíveis de aquisição por prescrição aquisitiva, o imóvel usucapiendo não estaria incluído em área de domínio público.

A decisão pode ser considerada inovadora, de maneira suficiente a impulsionar o fortalecimento da tese advogada por parte minoritária da doutrina, pelo fato de tomar por fundamento estritamente o preenchimento dos requisitos para a usucapião por parte dos particulares e a não inclusão do imóvel em área de domínio público.

Observe-se que o STJ já vem decidindo pela possibilidade da usucapião sobre imóveis onde não se comprova a titularidade pública do bem e sua inclusão em área de domínio público – o que se caracteriza essencialmente pela afetação a uma função pública. Entretanto, o acórdão não discute a titularidade do bem, se comprovada ou não, se restringindo a dispor sobre a inserção ou não do imóvel em área de domínio público, além do preenchimento dos requisitos da usucapião pelos particulares.

No acórdão resta explícito o entendimento de que a (des)afetação do imóvel a uma função pública se revelou preponderante da determinação da possibilidade da aplicabilidade da usucapião.

O precedente revigora a militância em favor da tese da usucapião sobre bens públicos por colocar em xeque a validade do requisito da titularidade do bem como critério preponderante para sua classificação como público.

A redescoberta da cidadania e conscientização dos indivíduos quanto aos próprios direitos, além do fato do texto constitucional ter reconhecido novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de interesses fez com que houvesse um aumento significativo da demanda por justiça na sociedade brasileira, o que veio a exigir uma nova roupagem do Judiciário.

Desta forma, provocado o Judiciário, deve este, por meio de um ativismo judicial e um controle judicial na implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais e à plena satisfação dos valores sociais, intervir e se posicionar, assentado em argumentos racionais, perante imperativo de realização das conquistas obtidas pelo texto constitucional de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho busca tratar da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas trazendo 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. O estudo atenta para o papel do Poder Judiciário e de suas instituições, dentro de um contexto de crise e desfuncionalização do Estado Moderno, além de inferir sobre efeitos e limites dessa atuação, para a concretização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e instituídos pelo Estado Democrático de Direito, numa perspectiva de sistemas normativos regionais, e de direitos humanos, considerando o sistema normativo global, inspirado na Declaração Universal.

Tomado o princípio da função social da propriedade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e, diante de sua estrita vinculação com o direito fundamental de acesso à moradia, é possível advogar a tese de que entre a norma-princípio da função social da propriedade e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, mediante a aplicação da técnica da ponderação de interesses, há supremacia da primeira, devendo, assim, em caso de conflito, prevalecer a norma-princípio, orientando, desta forma, que os bens públicos cumpram função social, pois esta confere maior concretude ao valor máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) quando em conflito com a norma-regra de proibição regulatória dos bens públicos.

Tem-se que o instituto da usucapião especial para fins de moradia é meio eficaz para a regularização fundiária, devendo sua aplicação alcançar tanto os bens particulares quanto os bens de titularidade da Administração Pública que estejam desafetados de função, em caso de não atendimento à função social da propriedade. No Estado Democrático de Direito não é concebível que a Administração possa se furtar a atender a ditames constitucionais principiológicos na defesa de direitos patrimoniais que, se flexibilizados, podem trazer maiores benefícios na defesa de direitos sociais fundamentais, como é o caso do direito à moradia.

Da análise da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001, vislumbra-se sinalização de que os operadores do direito, em especial os da magistratura, por meio do ativismo judicial, veem repensando seu papel no controle de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais e à plena satisfação dos valores sociais, papel político do qual não pode se eximir, em decorrência da ressignificação deste, em substituição ao papel de mera “boca da lei”, estando legitimado, assim, a intervir e se posicionar, assentado em argumentos racionais, perante imperativo de realização das conquistas obtidas pelo texto constitucional de 1988.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COUTINHO, Eldér Luis dos Santos. Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos. In: VI CONVIBRA – Congresso Virtual Brasileiro de Administração. **Anais VI CONVIBRA – Congresso Virtual Brasileiro de Administração**, São Paulo, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, abr. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34656>. Acesso em: 30 abr. 2012.

KURZ, Robert. A falta de autonomia do Estado. In: _____. **Os últimos combates**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 91-115.

KURZ, Robert. Perdedores Globais. In: _____. **Os últimos combates**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 135-141.

PIOVESAN, Flávia. O Poder Judiciário e o Papel de suas Instituições na Construção do Estado Democrático Brasileiro. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de Souza; PISANESCHI, Tatiane Crenn. **Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciários Brasileiro**. São Paulo: Oficina Editorial, 2010. p. 9-34. Disponível em:

http://www.ccr.org.br/uploads/ciclododebates/volume_1_Direitos_reprodutivos_e_o_sistema_judiciario_brasileiro.pdf. Acesso em: 28 ago. 2016

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (organizador). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 23-116.

TARTUCE, Flávio. Sentença de Minas Gerais reconhece usucapião de bem público. São Paulo, 29 de agosto de 2014. Disponível em:
<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014/08/sentenca-de-minas-gerais-reconhece.html>. Acesso em: 11 set. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 31, Curitiba, 2013. Disponível em:
<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>. Acesso em: 08 mar. 2016.