

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará analisar a possibilidade de aplicação do princípio da função social aos bens públicos.

Diante da conjectura atual é importante a utilização de mecanismos como forma de propagar a justiça social. É neste ponto que se encontra a relevância do tema. O princípio da função social é importante instrumento de desenvolvimento social e surtirá efeitos nas demais normas constitucionais que tratem do tema propriedade e também nas atividades estatais.

O trabalho dividir-se-á em 10 partes e utilizará como método de pesquisa o levantamento bibliográfico do assunto. Inicialmente será estabelecida a distinção entre bens e coisas. Posteriormente será avaliado o conceito de bens públicos, sua definição legal, e a classificação em bens de uso comum, de uso especial e dominicais, sempre os exemplificando.

Procurar-se-á frisar as particularidades de cada tipo de bem público, fazendo as devidas distinções com relação aos bens privados. Serão estabelecidas as suas características, quais sejam: inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, impossibilidade de oneração e a necessidade de flexibilização destas.

Através de uma análise histórica far-se-á um apanhado de todo o desenvolvimento do conceito de propriedade, desde a ideia absoluta e ilimitada até os contornos atuais, com a criação do princípio da função social e sua aplicação às propriedades privadas, limitando desta forma, o uso e gozo desses bens.

Ademais, falar-se-á da importância da funcionalização de institutos jurídicos e conceituar-se-á o princípio da função social e de que forma este é aplicado à propriedade.

Através de um confronto de ideias e da análise dos ditames constitucionais e das consequências jurídicas, concluir-se-á pela possibilidade de aplicação do princípio aos bens públicos de uma maneira afastada da ideia de aplicação na propriedade privada, destacando os instrumentos pelos quais seriam possível impor ao poder público uma administração mais eficiente de seus bens.

Por fim, destacar-se-á quais as consequências que a aplicação da função social aos bens públicos traria para as relações cíveis.

2 CONCEITO DE BENS

A palavra bem é proveniente do termo em latim *bene* e possui diversas acepções. A doutrina traz inúmeros conceitos e variações do termo. Dentro destas acepções pode-se citar a acepção filosófica, econômica e jurídica.

No sentido filosófico bem seria tudo aquilo que fosse desejável e que trouxesse algum tipo de satisfação humana. É o que se vê nas palavras de Diogenes Gasparini: “Em termos filosóficos, é tudo aquilo que satisfaz o homem. Nessa acepção, diz-se que a inteligência, a bondade, a saúde e o amor são bens”¹

Na acepção econômica bem seria tudo aquilo que possui valor monetário, podendo ser material ou imaterial, estando relacionado com o conceito de utilidade. Conforme assevera Floriano de Azevedo marques neto:

O pensamento econômico, inicialmente, utiliza o conceito de bem numa acepção de utilidade, tratando como bens não apenas as coisas dotadas de materialidade, mas também prestações e comodidades fruíveis pelos indivíduos. Daí por que podemos dizer que para o pensamento econômico o substantivo “bens” é empregado como sinônimo genérico de algo que tem serventia.²

Ainda quanto a acepção econômica, tudo aquilo que exista em quantidade inferior à quantidade necessária para satisfazer as necessidades existentes, havendo a possibilidade de atribuição de um valor, são chamados de bens escassos ou econômicos, enquanto que os bens ilimitados, não passíveis de apropriação econômica, são classificados como bens livres. O bem classificado como livre pode tornar-se econômico levando em consideração fatos circunstanciais que atrele a ele um valor econômico. É o que aduz Marque Neto, o fato de o bem ser classificado como livre, não quer dizer que em determinado momento ou em certas circunstâncias, eles não possam se tornar bens econômicos.

Quanto à acepção jurídica, esta é tormentosa, não havendo uma conceituação uniforme e padrão na doutrina, sendo como assevera Themístocles

¹ GASPARINI, Diogenes, **Direito administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.880.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44 – 45.

Brandão Cavalcanti, “um dos pontos obscuros desta parte do direito administrativo.”³
E assim o é para os demais ramos do Direito.

Da análise dos artigos 79 aos 103 do Código Civil que versam sobre o tema, percebe-se que o código não se preocupou em dar uma definição de bens, mas sim elencar suas características dando uma ideia próxima à acepção econômica do assunto, compreendendo os direitos reais e as prestações, fruto da ação humana. Na ideia de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, bem jurídico poderá ter um valor econômico ou não:

Podemos afirmar, sem dúvidas, que todo bem econômico é bem jurídico, mas a recíproca, definitivamente, não é verdadeira, tendo vista que há bens jurídicos que não podem ser avaliáveis pecuniariamente⁴.

Para esses autores, bem jurídico seria gênero do qual os bens econômicos seria espécie e citam a honra como um bem jurídico ao qual não se pode atrelar um valor econômico.

Em uma linha diametralmente oposta, está Maria Helena Diniz que entende bem jurídico atrelado à noção econômica e patrimonial. Para a Autora, bem jurídico seria apenas aqueles úteis ao homem e suscetível de apropriação constituindo seu patrimônio. Seriam aqueles que tivesse interesse econômico, deixando de fora os elementos da personalidade já que não é possível lhes dar um valor. Helena Diniz assevera que “estes bens não-econômicos são prolongamentos da personalidade que não entram na formação do patrimônio, embora sejam valores preciosos para o homem”.⁵ ainda segundo a Autora:

Percebe-se que nem todas as coisas interessam ao direito, pois o homem só se apropria de bens úteis à satisfação de suas necessidades. De maneira que se o que ele procura for uma coisa inesgotável ou extremamente abundante, destinada ao uso da comunidade, como a luz solar, o ar atmosférico, a água do mar etc., não há motivo para que esse tipo de bem seja regulado por norma de direito, porque não há nenhum interesse econômico em controlá-lo. Logo, só serão incorporados ao patrimônio da pessoa física ou jurídica as coisas úteis e raras que despertam disputas entre as pessoas,

³ THEMISTOCLES apud MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 40.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 305-306.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 320.

dando, essa apropriação, origem a um vínculo jurídico que é o domínio.⁶

Corroborando com este entendimento, Carlos Roberto Gonçalves explica que “bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico”⁷, para ele bens “são coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis”⁸. Marques Neto, adepto da mesma linha de pensamento, aduz que “bens jurídicos seriam os objetos que, com ou sem materialidade, são dotados de utilidades suscetíveis de valoração econômica”⁹. O Autor não aceita como bem algo ao qual não possa ser atribuído um valor monetário, atrela à noção de bem, a ideia de utilidade econômica.

Data vênua não parece a opinião dos autores a mais acertada já que estes confundem a acepção jurídica do tema, com a acepção econômica. Bens como a água do mar, luz, ar, não poderiam estar fora da concepção de bens jurídicos, pois são valiosos para homem, fazendo parte do que a Constituição Federal de 1988 chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado e por isso são, e realmente devem ser, tutelados pelo Estado, desta forma, chega-se à conclusão de que bem jurídico, em que pese, poder ter ou não valor econômico, são bens, materiais ou imateriais, que se tornam valiosos para o homem, ainda que insuscetíveis de apreciação econômica como a honra, a liberdade, a família, a saúde, necessitando de tutela jurídica com o objetivo de pacificação social, seria tudo aquilo suscetível de relação jurídica. Bens na acepção jurídica é tudo que tenha uma valoração jurídica como bem asseverou Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho atrelam a confusão na conceituação, por ser o bem, uma expressão plurissignificativa e que não é esclarecida de forma suficiente pela doutrina.

Marques Neto alega que o conceito de bem dependerá da noção de utilidade, materialidade, natureza jurídica e da definição de bens e coisa para cada autor, por isso constitui uma zona cinzenta.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 319.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

⁸ Ibidem, p. 277.

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

Apesar desta dicotomia e de tantos elementos variáveis que poderiam chegar a concepções diferentes sobre o tema, alguns autores tentam navegar por esta “zona cinzenta” arriscando uma conceituação. Outros autores que se arriscam nessa árdua tarefa são, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que define bens na acepção jurídica como aqueles “que podem ser objeto de relação jurídica para dar satisfação ao titular de poder sobre ele”¹⁰ e Diogenes Gasparini que entende ser “todo valor material ou imaterial que possa ser objeto de direito”¹¹

Por fim, para a melhor compreensão do tema deste trabalho, faz-se mister, definir a conceituação de coisa e diferenciá-lo de bem.

Alguns autores entendem coisa como um universo do qual o bem é espécie. Dentre esses pode-se citar Joaquim Felício, Sílvio de Salvo Venosa, Sílvio Rodrigues e Carlos Roberto Gonçalves. Rodrigues entende que: “bens são aquelas coisas que, sendo úteis aos homens, provoca, sua cupidez e, por conseguinte, são objeto de apropriação privada”¹². Para Gonçalves coisa é gênero e bens seriam apenas as coisas materiais, palpáveis.

Outros autores, entretanto, consideram bem como um conceito mais amplo que coisa, levando em consideração a utilidade desses. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano, seguindo uma linha de pensamento do Direito Alemão, diz que a distinção entre bens e coisas poderia ser identificada levando em consideração a materialidade. Coisa seria tudo que fosse corpóreo, seriam os bens materiais, enquanto que bem seria algo mais abrangente, envolvendo tanto os bens corpóreos quanto os incorpóreos.

Marques Neto, numa visão econômica de bens e coisas, adepto da segunda teoria, entende bem como gênero do qual coisa é espécie. Para ele, assim como pensa Gagliano, coisas seriam apenas os objetos, móveis ou imóveis, dotados de materialidade e que pertencessem ao mundo natural. Coisa, no sentido jurídico, seria entendida “como aqueles objetos materiais que podem ser objeto de relação jurídica entre sujeitos de direito”¹³. Como forma de embasar sua teoria, afirma, ainda,

¹⁰ OSWALDO ARANHA apud ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade público**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.12.

¹¹ GASPARINI, Diogenes, **Direito administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 880.

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 42.

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 49–50.

o autor que, o Código Civil, sempre ao se utilizar do termo coisa, se refere a objeto material.

Ressalta José Cretella Júnior, que o conceito de coisa, tem preocupado especialistas de várias ciências, incluindo os grandes filósofos. Conforme o autor:

Em sentido abstrato ou filosófico, coisa é toda entidade estranha ao sujeito cognoscente, que existe, é apenas cogitada, ou admite a possibilidade futura de cogitação. Considerada como entidade separada do sujeito, “coisa” é também o próprio pensamento e a pessoa que pensa, mas tal noção é recebida com reservas no mundo jurídico, porque nada encerra de juridicamente relevante.¹⁴

Aduz ainda que:

No sentido jurídico, coisa é tudo aquilo que pode erigir-se em objeto de direitos patrimoniais, (...). Os objetos que, sendo suscetíveis de uma medida de valor, não forem objetos materiais, também não se consideram coisa, mas tais objetos, e, igualmente, as coisas terão o nome de bens.¹⁵

Por fim, Cretella Junior defende que:

A definição de coisas e bens, suficiente para o campo do direito privado, é suficiente para o campo do direito público, porque este setor do direito lida com bens extra commercium, que não fornecem utilidade econômica, como o mar territorial e as coisas pertencentes ao domínio militar. Embora coisas, não ficam num campo restrito, mas ultrapassam o âmbito do direito comum das coisas, integrando o campo com que se preocupa o direito administrativo das coisas.¹⁶

Em conclusão, apesar de diversas linhas de pensamento adotadas a respeito da definição de coisa e bem, é importante ter em mente que tais institutos não são sinônimos e seu estudo é relevante ao mundo jurídico, tendo em vista que, sendo os bens fruto de disputas deve o estado regulá-los em nome do interesse e da paz social.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 554.

¹⁵ Ibidem, p. 555.

¹⁶ Ibidem, p. 555.

De mais a mais, o Código Civil de 1916 trouxe 2 critérios para classificação de bens, os quais não diferiu no Código Civil de 2002, quais sejam, considerados em si mesmos e reciprocamente considerados.

Segundo o professor Elpídio Donizetti¹⁷, o Código Civil de 2002 manteve tal classificação, “com pequenas alterações – *exempli gratia*, não se refere mais a coisas, porém apenas a bens”, o que não ajudou para a elucidação do embate.

2.1 BENS PÚBLICOS

A concepção de bens públicos é concomitante ao surgimento da noção de Estado, sendo inclusive precedente à propriedade privada. Conforme entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, a ideia de bens públicos como algo pertencente a toda coletividade precede a ideia da propriedade privada.

Na idade média os bens públicos eram entendidos como bens pertencentes ao monarca. O povo não detinha a propriedade. A propriedade pública neste período se sobrepunha à propriedade privada, sendo esta última, marginal.

Os romanos classificavam os bens públicos em coisas *in commercio* e coisa *extra commercio*, que se subdividia em *res divini iuris*, que eram as coisas de direito divino, e a *res humani iuris* que eram as coisas de direito humano. As coisas *in commercio* eram suscetíveis de apropriação. Entretanto, como bem explica Marques Neto,

Com o colapso do Império Romano, durante o feudalismo, o regime romano de patrimonialidade pública vai decair por força de um processo duplo de apropriação privada deste acervo de bens. De um lado, a apropriação individual pelos povos bárbaros, que repartem os bens conquistados entre os soldados e os reis bárbaros. De outro, nos territórios não conquistados, haverá assunção pelo príncipe dos bens da coletividade¹⁸

Segundo o autor, é posteriormente,

¹⁷ DONIZETTI, Elpídio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil**: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 63.

Com o desenvolvimento de formas de organização social e econômica mais complexas, e especialmente com o surgimento das cidades, é que começa a se fazer mais presente uma esfera de objetos com utilidade pública distintos dos bens integrantes da propriedade individual.¹⁹

Com o desenvolvimento das legislações, influenciadas pela legislação romana, onde a concepção de tais institutos se desenvolveu, a ideia de que a propriedade desses bens era do povo passou a vigorar, cabendo ao rei apenas o exercício do poder de polícia sobre eles.

Foi somente, entretanto, com o surgimento do Estado Moderno e a criação da personalidade jurídica do Estado, como bem assevera Marques Neto, que a questão da patrimonialidade estatal da forma como hoje se entende, começou a surgir. A doutrina elenca como marco dessa transição de pensamento, a *Le Domaine de La Nation*, lei francesa aprovada em 1790. Segundo o autor:

A ideologia revolucionária francesa atingiu incisivamente a concepção de bens públicos, os quais passaram a ser qualificados não como utilidades de propriedade do rei ou de qualquer outro chefe de Estado, mas sim como bens nacionais.²⁰

A lei francesa foi o ponto de transição entre, a ideia absolutista e individualista que recaia sobre os bens públicos, para uma noção de solidariedade.

O código de Napoleão preocupou-se em delimitar o que era o patrimônio público. Através da incorporação dos artigos do código Domínical de 1790, listou os bens do domínio público e de propriedade da Nação.

De acordo com o entendimento de Marques Neto:

A separação moderna entre público e privado não decorre da necessidade de se afirmar o espaço do poder político. Ao contrário, advém da necessidade, imposta pela ordem capitalista emergente, de se afirmar – para preservar e garantir - a esfera privada. O poder político, que se concentrará na esfera pública, será reforçado na medida necessária a garantir a autonomia e incolumidade da esfera privada, é dizer, a liberdade individual em sede do mercado.²¹

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

²⁰ Ibidem, p. 66.

²¹ Ibidem, p. 69.

É importante ressaltar, entretanto, que o Estado para desempenhar o seu papel e atingir os seus fins, necessita da existência de dois tipos de bens, os pertencentes ao domínio público e os pertencentes ao domínio privado (proveniente do domínio eminente) que são aqueles pertencentes ao Estado, mas não são submetidos ao regime jurídico especial o qual se submetem os bens públicos.

Em conclusão, a diferenciação dos bens em públicos e privados, originária do direito romano, ao longo da história, mostrou-se essencial como forma de melhorar o convívio social e desenvolver as políticas públicas. A vida em comunidade seria impossível se não existissem bens pertencentes a todos e afetados ao interesse público, o que justifica desta forma o chamado “domínio público”.

Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o primeiro a utilizar-se da expressão “domínio público” foi Pardessus. Para ele essa expressão significava “categoria de bens do Estado não pertencentes ao domínio privado do mesmo”²². Celso Antônio Bandeira de Mello classifica-os como conjunto de bens públicos que engloba tanto os bens imóveis como os móveis.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma crítica quanto à expressão “bens de domínio público”²³. Para ela, seria equivocada a utilização de tal expressão, tendo em vista que vários significados poderiam advir do referido termo. Segundo a autora, a expressão não é perfeita, pois, pode dar a ideia de bens cujo uso pertence a toda à coletividade, preferindo utilizar como forma de diferenciar o regime jurídico dos bens de uso comum e especial dos bens do domínio privado.

Em síntese, Zanella Di Pietro prefere utilizar a expressão “domínio público” para se referir ao conjunto de bens submetidos a um regime jurídico diferenciado dos pertencentes à esfera privada.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem bens públicos como:

Bens públicos são aqueles, materiais ou imateriais, cujo titular é uma pessoa jurídica de direito público (da administração direta, indireta, fundacional ou autárquica) ou uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, quando o referido bem estiver vinculado à prestação deste serviço público. Enfim, são bens do domínio público

²² ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade público**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.14.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 669.

(CC, art. 98), podendo se espriar por entidades federais, estaduais ou municipais.²⁴

Para Aldemir Berwig, a melhor forma de classificar os bens públicos seria de acordo com sua afetação e não pela titularidade já que conforme ressalta “nem todos os bens estatais são públicos e alguns bens particulares são públicos, de modo que público não é sinônimo de estatal”²⁵.

Segundo o Autor:

Ao analisarmos os bens públicos verificamos que esta categoria não se esgota com a enumeração dos bens estatais pois existem diferenças entre estes: nem todos submetem-se a um mesmo regime jurídico. Dentre os bens estatais é possível verificar que alguns bens submetem-se ao regime jurídico de direito público e outros são de direito privado. Uma parte destes, embora estatais, não pode ser caracterizada como bens públicos.

Podemos afirmar que bens estatais são todos os bens do conjunto de pessoas estatais de direito público e de direito privado enquanto bens públicos são alguns bens do Estado e até mesmo alguns bens particulares que são alcançados por um regime jurídico específico em razão de sua importância para a sociedade, dentre os quais estão aqueles que Juarez Freitas denomina “bens quase-públicos”, trabalhando a ideia de afetação para caracterizar determinados bens como públicos.²⁶

José Cretella Júnior define-os como aqueles que se caracterizam:

“Pela sujeição a um regime jurídico específico, típico, inconfundível, que apresenta traços tão marcantes que os tornam diferentes dos bens particulares, a saber: a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade, ou, um modo mais genérico, que abrange as três modalidades, a intangibilidade.”²⁷

Ademais, importante ressalva faz Diógenes Gasparini, quando diz que é importante entender que bens pertencentes às empresas públicas exploradoras de

²⁴ CHAVES DE FARIAS, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 564–565.

²⁵ BERWIG, Aldemir. **Bens públicos e bens estatais: algumas reflexões**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6130 > Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁶ Ibidem.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 556.

atividade econômica não são considerados bens públicos, já que não estão prestando serviços públicos e como tal não fazem parte do regime jurídico diferenciado.

Em que pese a expressão “domínio público” possuir um significado impreciso, diante da divergência da doutrina, o mesmo não ocorre com a conceituação de bens públicos onde a própria legislação traz uma definição para o tema, mesmo que imprecisa. Desta forma, de uma maneira geral, pode-se conceituar bens públicos como aqueles bens, materiais ou imateriais, necessários a preservação do estado e manutenção da ordem social.

2.1.1 Definição legal

A legislação civil brasileira no artigo 98²⁸ traz a definição de bens públicos, já o artigo 41²⁹ do mesmo diploma, elenca quem são as pessoas jurídicas de direito público citadas no artigo 98.

Em que pese os bens públicos virem disciplinados no Código Civil, se critica o fato de tal diploma disciplinar matéria estranha ao Direito privado. O professor Elpídio Donizetti ensina que não acertou o Código ao utilizar um critério formal para a classificação dos destes bens. O referido professor cita Cristiana Fortini, a qual, também, traça uma crítica ao Código:

A fórmula encontrada pelo legislador, que procura apartar os bens públicos dos demais, empregando o critério formal, não satisfaz, porque valoriza rótulos e promove divisão hermética entre as categorias de bens a partir do regime jurídico a que se submetem (ao menos precipuamente) as pessoas jurídicas da Administração Pública, sem contemplar a realidade.

O critério formal adotado pelo atual Código Civil, para o qual a distinção entre os bens públicos e os não públicos perpassa apenas o exame de seu titular, homenageia indistintamente os bens das pessoas jurídicas de direito público, independentemente de estarem dedicados ou não para o alcance do interesse público, enquanto

²⁸ Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (BRASIL. **Novo Código Civil. Lei nº 10.403** de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.)

²⁹ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. (BRASIL. **Novo Código Civil. Lei nº 10.403** de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.)

sacrificam os bens das empresas estatais mesmo que estejam voltados a este propósito.³⁰

Prosseguindo, a constituição nos artigos 20, 26, e 16 §3º da ADCT especifica quais são os bens pertencentes a cada pessoa jurídica de Direito Público.

No entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, a definição legal trazida no art. 98 é insuficiente e limitada:

Isto porque enquanto a preocupação do direito privado é saber quem é o sujeito do direito subjetivo de propriedade (e, portanto, quem está legitimado a estabelecer relação jurídica com a coisa), o direito público necessita estar atento para o regime de emprego destes bens, buscando disciplinar a relação não do bem em face de terceiros, mas em relação à coletividade como um todo.³¹

Como anteriormente ressaltado, Aldemir Berwig defende que a conceituação trazida pelo Código Civil é imprecisa na medida em que, a titularidade não é o melhor critério de conceituação e classificação de bens públicos, devendo ser observado o critério da afetação, já que existem bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado e que estão afetadas ao serviço público e que por isso incide o regime de direito público, devendo ser considerados públicos.

A definição trazida pela legislação positivada, além disso, é menos abrangente que a definição doutrinária. Enquanto que a legislação apenas aduz como bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, a doutrina de forma pacífica engloba também aqueles bens de titularidade das pessoas jurídicas de direito privado que estejam afetados ao serviço público, sendo, inclusive estes, submetidos ao regime jurídico dos bens públicos.

O fato de um bem particular se sujeitar ao regime jurídico de direito público, não o torna um bem público no sentido da palavra, pois os bens públicos assim o são, independente de afetação ou não, levando em consideração sua personalidade jurídica. Tais bens não seriam públicos e sim estariam sob o regime de Direito público. A conceituação trazida pelo código Civil não é completa sendo mais

³⁰ FORTINI CRISTIANA apud NUNES DONIZETTI, Elpidio. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil**: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103.

restrita que o sentido de bens públicos para o Direito administrativo, faltando tratar do regime jurídico ao qual se submetem e dos bens que passam a ser temporariamente públicos.

Para Marques Neto, faltou aos dispositivos, especificar a relação jurídica e o regime de bens aos quais se enquadram, demonstrando a “péssima técnica” em defini-los.

No entendimento de Berwig:

A constituição da República utiliza o critério da atribuição de titularidade dos bens a determinado ente político-administrativo estatal, diferentemente do critério utilizado pelo Código Civil que aborda o direito de propriedade. Entretanto, a constituição ao atribuir titularidade a um destes entes não estabelece que sejam bens públicos, apenas os colocando sob o controle de um deles de modo que são classificados em federais, estaduais, distritais e municipais. Ou seja, são bens que estão na titularidade de um ente político-administrativo. Normalmente afirmamos que são “bens públicos” de titularidade estatal.³²

A classificação trazida pela Constituição Federal, também se mostra limitada. Ambos os dispositivos citados, não são completos, mas a junção entre eles nos dá uma melhor ideia do conceito de bens públicos.

2.1.2 Classificação

Atribui-se a Pardessus a primeira classificação dada aos bens públicos. Dividia ele tais bens em: de domínio nacional, aqueles passíveis de apropriação pela esfera privada e os de domínio público, sujeitos ao regime especial. Até então, o código Napoleônico não trazia nenhum tipo de classificação quanto a estes bens. Ele apenas enumerava certos bens como insuscetíveis de apropriação privada. A classificação feita aos bens de domínio público era ainda muito incipiente.

Segundo Luís Ferreira da Rocha, “Teixeira de Freitas, no Esboço e na Nova consolidação das Leis Civis, dividiu os bens públicos ou os bens de domínio

³² BERWIG, Aldemir. **Bens públicos e bens estatais**: algumas reflexões. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6130 > Acesso em: 13 fev. 2016.

nacional em: a) coisas do uso público; b) coisas do domínio do Estado; e c) bens da Coroa”³³

Foi, entretanto, somente no Código Civil de 1916 que a primeira classificação de bens de domínio público surgiu no Brasil de maneira positivada. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O Código adotou terminologia própria, peculiar ao direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, conforme o regime jurídico adotado”.³⁴

O código civil de 2002 no artigo 99³⁵ utilizou a mesma classificação feita pelo Código de 1916, adotando a tripartição dos bens públicos.

A redação do parágrafo único do artigo citado é alvo de severas críticas por parte da doutrina. Conforme aduz José dos Santos Carvalho Filho, a norma é de difícil compreensão. O autor considera “estranha” a ideia transmitida pela norma, alegando não ter sido coerente o legislador na elaboração de tal texto. Floriano de Azevedo Marques Neto é de mesmo entendimento, segundo o autor, a redação do parágrafo único do Código Civil, acima citado, é “bizarra e inconstitucional. Em sua Definição:

A norma é bizarra, pois se a estrutura dada à pessoa jurídica é de direito privado, ela não poderá ser pessoa jurídica de direito público. Inconstitucional, porque, na medida em que toda pessoa jurídica integrante da administração pública tem de ser criada por lei (art. 37, XIX, CF), será a lei de criação do ente que dirá qual é o regime jurídico e não o CCB (lei ordinária, derogável sempre que em sentido contrário disser a norma de mesma hierarquia e temporalmente posterior)”.³⁶

Fala ainda que:

³³ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade público**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 666.

³⁵ Art. 99. São bens públicos:

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

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

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

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (BRASIL. **Novo Código Civil. Lei nº 10.403** de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.)

³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 111.

A inconstitucionalidade torna-se reforçada quando, no tocante às empresas estatais (empresas públicas e sociedade de economia mista), vemos que pela constituição elas serão regidas pelo Direito Privado, inclusive em relação às obrigações civis (artigo 173, §1º, II).³⁷

Em que pese a classificação dada pelo diploma legal, alguns autores adotam terminologia e classificação próprias. Ribas, citado por Themistocles Brandão, Cavalcanti³⁸, classifica-os em: bens do domínio público e bens patrimoniais. Renan Lotufo³⁹ dá semelhante classificação, entendendo possuir bens do domínio público do Estado e bens do domínio privado do Estado.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles⁴⁰, os bens pertencentes às empresas estatais possuem natureza de bens públicos, na medida em que, possuem origem e fins públicos. Cabendo apenas a tais entidades administrá-los. Tais bens possuiriam, segundo ele, uma destinação especial. Carvalho Filho, critica tal posicionamento alegando que tais bens devem ser considerados privados, pois, o que deve ser levado em consideração é a personalidade jurídica de tais entidades.

Marques Neto diz, ainda, que, há uma flagrante contradição quando o parágrafo único do art. 99 do Código Civil, em comento, considera como dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Como tais bens possuem uma destinação específica, não seria acertado tratá-los como bens dominiais quando a própria legislação aduz que os bens dominiais são bens desafetados.

2.1.3 Bens de Uso Comum

Os bens de uso comum são pertencentes ao domínio público do Estado. Podem ser móveis ou imóveis e, segundo a classificação de José Cretella Júnior, fazem parte do patrimônio indisponível do Estado, o que significa que o Estado não poderá aliená-los ou gravá-los com ônus, devendo sempre conservar sua finalidade,

³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica;** o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 111.

³⁸ CAVALCANTI BRANDÃO apud ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública.** São Paulo: Malheiros, 2005, p.40.

³⁹ Ibidem, p. 41.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 428.

que deve ser voltada para o benefício da coletividade. Tais bens são submetidos a regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

A utilização deles é feita de forma livre por qualquer indivíduo sem distinção e independentemente da nacionalidade (indeterminação de pessoas). Seu gozo é gratuito e dispensa autorização ou permissão especial. Possuem uma destinação pública específica podendo ser chamados de bens afetados e são inalienáveis.

Nos ensinamentos de Cretella Júnior:

Os bens de uso comum são todas as coisas imóveis ou móveis sobre as quais o público, anonimamente, coletivamente, exerce direitos de uso e gozo, como, por exemplo, os que recaem sobre estradas, ruas, praças, rios, costas do mar. Qualquer pessoa nacional ou estrangeira, *quisque de populo*, sem identificação, sem título, anonimamente, pode utilizar-se das ruas e estradas, usufruindo-as, sem que possa ser impedido, legitimamente, por outro particular ou pelo poder público.⁴¹

Aduz ainda que:

Os bens de uso comum já tinham sido visualizados pelos romanos que, com muita acuidade, tinham percebido a possibilidade da utilização das coisas públicas por *quisque de populo*, sem necessidade de qualquer tipo de outorga estatal. Nas fontes romanas, as *res publicae* são entendidas, muitas vezes, no sentido amplo de coisas destinadas ao uso universal, coincidindo, sob tal aspecto, com as *res communes omnium*.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, os bens de uso comum “são os destinados ao uso indistinto de todos”⁴². São exemplos os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, praças etc.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, leva em consideração sua natureza. Segundo a autora, bens de uso comum do povo são “aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 557.

⁴² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 914.

condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da administração”.⁴³

Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha, tais bens ensejam ao povo um direito subjetivo de livre fruição, qualquer restrição a este direito só poderia ser realizado em caráter excepcional, sendo passível de apreciação tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial. O poder público fica limitado à destinação que atribuiu ao bem e somente por meio de lei pode modificar sua afetação.

Conforme ressalta José dos Santos Carvalho Filho, o fato de prevalecer neste tipo de bem a destinação pública não tira do Estado o poder de regular o seu uso, podendo inclusive restringi-lo ou impedi-lo desde que justificável à tutela do interesse público.

Com relação à titularidade de tais bens, Pontes de Miranda⁴⁴ entende que, o titular desses bens é o próprio povo e não o Estado, cabendo a este último apenas administrá-los. Afirma, ainda, o autor que sobre tais bens o Estado não exercia o poder de proprietário e sim um poder público.

A caracterização do Estado como proprietário ou não dos intitulados bens públicos, há muito gera controvérsias. Na definição de Marques Neto, podem-se enumerar quatro correntes no que diz respeito à propriedade pública. a) Os que rejeitam a possibilidade de o Estado exercer o poder de propriedade, dado a incompatibilidade de tais institutos. b) Aqueles que aceitam plenamente a ideia de propriedade nos moldes da propriedade privada. c) Os que, em que pesem aceitarem a ideia de propriedade, entendem como uma espécie de relação dominial, diferente da relação privada e por fim, d) Aqueles que aceitam a relação de propriedade, mas apenas para uma classe de bens. Para o autor, “estas linhas doutrinárias, refletem a dificuldade sentida desde logo pelo Direito Administrativo de enfrentar a equiparação do Restado Às demais pessoas físicas ou jurídicas no que tange à natureza dos direitos que possui.”⁴⁵

Afirmar que o Estado não exerce o poder de proprietário sobre o bem dificultaria a utilização dos remédios jurídicos dispostos no nosso ordenamento para a defesa da propriedade, o que resultaria na conclusão de que o Estado não seria

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 671.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade público**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 77.

parte legítima para propor interditos possessórios na defesa dos bens públicos. Na conjectura atual e principalmente pela relativização da propriedade, sujeita ao princípio da função social, há uma crescente aproximação entre os direitos de propriedade público e privado. Ademais Marques Neto aduz que:

Nada há de incompatibilidade em os entes públicos terem uma relação de propriedade sobre todos os bens públicos. Entendemos que o Estado (em todas as esferas da Federação) detém a exclusividade do domínio sobre todo o acervo de bens públicos, qualquer que seja sua afetação, afastando-se qualquer possibilidade de se entender que os bens de uso comum sejam propriedade comum, res nullius ou propriedade coletiva sob guarda do Estado. Portanto, os bens que pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno, qualquer que seja o seu título aquisitivo, integram o patrimônio estatal, pois sobre eles os entes públicos exercem relação de domínio, excluindo direito de propriedade de qualquer outrem.⁴⁶

Parece mais acertada a definição de Marques Neto onde aduz que existe, entre o Estado e os bens públicos, uma “dupla relação de poderes e deveres, que variará consoante a natureza e a utilidade de cada bem.”⁴⁷ Para a compreensão do poder de proprietário exercido pelo Estado, não se deve levar em consideração todas as particularidades da conceituação de proprietário do direito privado. É lógico afirmar que a relação do Estado com seus bens é diferente da relação da pessoa privada com seus bens, já que o Estado possui obrigações (funções) diferentes da pessoa privada. Nem por isso deixaria o Estado de exercer o poder de propriedade sob seus bens, apenas tem a função de administrá-los em prol da coletividade, já que o Estado existe para isso. Percebe-se que o que muda é apenas a finalidade precípua do ente público.

2.1.4 Bens de Uso Especial

Bens de uso especial são os bens móveis ou imóveis especialmente destacados para uma determinada finalidade que é a prestação dos serviços públicos, por isso, assim como os bens de uso comum, esses bens, são denominados afetados, fazendo parte do domínio público além de serem inalienáveis enquanto servientes a

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 110.

⁴⁷ Ibidem, p.109.

uma finalidade. Por estarem atrelados a um fim específico, José dos Santos Carvalho Filho, aduz que eles constituem o aparelhamento material na consecução dos objetivos do Estado.

A doutrina traz inúmeras conceituações sobre o tema. Segundo a classificação de José Cretella Júnior, os bens de uso especial fazem parte do patrimônio indisponível do Estado e são submetidos a regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum. Ainda na lição do autor:

Os bens de uso especial são todas as coisas imóveis ou móveis sobre as quais o Estado exerce direitos de uso gozo, normalmente, podendo, entretanto, outorgar-lhes a utilização ao particular, privativamente, mediante os institutos da admissão, autorização, permissão ou concessão.⁴⁸

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, classifica-os como:

Bens afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administradores um serviço público, como teatros, universidade, museus e outros abertos à visitação pública.⁴⁹

O respeitado doutrinador Diogenes Gasparini traz uma definição que não aparenta, entretanto, acertada. Segundo o autor, os bens de uso especial “são os bens destinados à execução dos serviços públicos e usáveis somente pelo poder público, seu proprietário”⁵⁰. Data vênia, a palavra “somente” não foi empregada da melhor maneira. Como exemplo de bens de uso especial, como se observa inclusive da definição de Celso Antônio, têm-se os museus, teatros, bibliotecas etc., que são usáveis pelo povo, entretanto, tal gozo exige determinadas formalidade, não sendo seu uso direto e imediato como acontece às pessoas de direito público interno que detém sua propriedade. É o que se depreende dos dizeres de Carvalho Filho:

Quanto ao uso em si, pode dizer-se que primordialmente cabe ao Poder Público. Os indivíduos podem utilizá-los na medida em que

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 557.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 914.

⁵⁰ GASPARINI, Diogenes, **Direito administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 885.

algumas vezes precisam estar presentes nas repartições estatais, mas essa utilização deverá observar as condições previamente estabelecidas pela pessoa pública interessada, não somente quanto à autorização, ao horário, preço e regulamento.⁵¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carvalho Filho criticam tal denominação.

Segundo Zanella Di Pietro, o termo,

Se confunde com outro sentido em que é utilizada, que no direito estrangeiro, quer no direito brasileiro, para indicar o uso privativo de bem público por particular e também para abranger determinada modalidade de uso comum sujeito a maiores restrições.⁵²

Em conclusão, é importante ressaltar que os bens classificados como de uso especial, não perdem sua característica quando utilizados por particulares, como por exemplo, sob o regime de delegação. Tal espécie de bens públicos é imprescindível ao desenvolvimento das atividades da administração, bem como à realização de seus objetivos.

2.1.5 Bens de Uso Dominicais

Os bens dominicais compreendem bens móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, não possuindo destinação específica, por isso, são classificados como desafetados. Tais bens fazem parte do domínio privado do Estado e podem pertencer à União, aos Estados-Membros, aos Municípios, ao Distrito Federal, às autarquias e fundações públicas, estas duas últimas por força do parágrafo único do art. 99 do Código Civil.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, “os bens do domínio privado, ou não afetados, sujeitam-se a regime jurídico de direito privado derogado por normas de direito público e estão dentro do comércio jurídico de direito privado”.⁵³

José dos Santos Carvalho Filho, elenca tais bens como sendo:

(...) as terras sem destinação pública específica, os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa. Esses é que

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1244.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 671.

⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 364.

constituem objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público.⁵⁴

Na classificação de José Cretella Júnior, os bens dominicais corresponderiam ao patrimônio disponível do Estado, ou seja, possuem caráter patrimonial, podendo ser alienados desde que observados os requisitos dispostos na legislação. É o que se vê também da definição de Diogenes Gasparini, quando afirma que, em que pese as pessoas jurídicas de direito público exercerem sobre esses bens o “*dominus soli*”, a sua alienação deve observar certos requisitos como avaliação, concorrência e licitação.

Caio Mário da Silva Pereira traz uma definição bastante elucidativa:

São, pois, bens que se integram no acervo da riqueza da entidade, e se destinam à aquisição pelos interessados. Mas a oportunidade e a forma de alienação subordinam-se às disposições disciplinares específicas, incorrendo na sanção de ineficácia se não se observam. Por outro lado, a lei ou o mero ato administrativo podem transformar o bem em coisa de uso comum do povo ou de uso especial, como no caso de o Estado abrir estrada através de terrenos devolutos ou o Município edificar para estabelecimento de serviço seu, em terras dominiais, o que automaticamente acarreta a condição de inalienabilidade.⁵⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca como característica desses bens a função patrimonial ou financeira e a submissão ao regime jurídico de direito privado, ao contrário dos bens de uso especial e dos bens comuns, que possuem um regime jurídico especial.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha também é do entendimento de que tais bens possuem uma “função patrimonial ou financeira por se destinarem, principalmente, a garantir rendas ao Estado”.⁵⁶

Em conclusão, numa definição residual, os bens dominicais são aqueles que nem são de uso comum, nem de uso especial.

⁵⁴ CRETILLA JÚNIOR *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1246.

⁵⁵ SILVA PEREIRA *apud* DONIZETTI, Elpidio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil**: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

⁵⁶ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

Quanto à questão da patrimonialidade, é importante destacar as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto quando afirma que:

Os bens dominicais não são os únicos bens patrimoniais. São sim, para CCB, os bens exclusivamente patrimoniais dentre aqueles integrantes do acervo de bens da pessoa jurídica de direito público interno. Na verdade, os bens dominicais não são bens totalmente desprovidos de afetação. São sim bens consagrados a um emprego patrimonial do Estado, qualificados para uma atividade-meio de geração de receitas para emprego no atendimento das necessidades a cargo do Estado.⁵⁷

Contrário ao entendimento de Marques Neto, Cretella Júnior afirma que “apenas os bens dominicais produzem renda, constituindo, propriamente o patrimônio do Estado. Trata-se de bens explorados pelo Estado com intuito de lucro, graças as atividades diretas exercidas sobre eles.”⁵⁸

Diante dessa discussão, faz-se mister o ensinamento de Zanella di Pietro:

Hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusividade patrimonial; a sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral. Com efeito, os bens do domínio privado são frequentemente utilizados como sede de obras públicas e também cedidos a particulares para fins de urbanização, industrialização, cultivo e também a sua cessão, gratuita ou onerosa, para fins culturais, recreativos, esportivos. E mesmo quando esses bens não são utilizados por terceiros ou diretamente pela administração, podem ser administrados no benefício de todos, como as terras públicas onde se situem florestas, mananciais ou recursos naturais de preservação permanente.⁵⁹

Com relação à nomenclatura, para a maioria dos autores a expressão “bens dominicais” e “bens dominicais” são expressões sinônimas, entretanto, no entendimento de Carvalho Filho, em consonância com o entendimento de Cretella Júnior⁶⁰, “bens dominicais” seria gênero de bens públicos, onde fariam parte os bens de uso comum, bens especiais e os bens dominicais. Segundo Carvalho Filho:

⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica;** o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 220.

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 675.

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1246.

Apesar da imprecisão do termo, pode considerar-se que a noção de bens dominicais implica carácter residual, isto é, são todos os que não estejam incluídos nas demais categorias de bens públicos. Trata-se por conseguinte, de noção *ex vi legis*. Já a expressão “bens dominiais”, como distingue CRETELLA JÚNIOR, deve indicar, de forma genérica, os bens que formam o domínio público em sentido amplo, sem levar em conta sua categoria, natureza ou destinação.

Em conclusão, para esses autores, bens dominicais são espécies de bens dominicais que correspondem ao chamado Patrimônio Público.

3 REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

O regime jurídico dos bens públicos consiste em uma série de normas e regras que giram em torno dos citados bens, atuando como uma forma de proteção dos mesmos. José Cretella Júnior denominou-o de intangibilidade dominial.⁶¹

Tal regime difere do regime jurídico privado principalmente no que tange às suas características, formadoras do regime jurídico dos bens públicos, e aos seus princípios que não se amoldam à propriedade privada. Segundo Odete Medauar:⁶²

O regime da dominialidade pública não é um regime equivalente ao da propriedade privada. Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e deveres daí resultantes, exercidos pela administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências.⁶³

São características dos bens públicos: inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração, tais características formam o regime jurídico especial, aplicáveis aos bens públicos.

3.1 INALIENABILIDADE

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

⁶² MEDAUAR *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

⁶³ MEDAUAR *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

A inalienabilidade consiste na característica que possui determinada coisa de não poder ser transmitida a terceiros. A característica da inalienabilidade quanto aos bens públicos, conforme aduz Diogenes Gasparini, serve para proteger o patrimônio público das ingerências de terceiros e a dilapidação que poderia ocorrer por conta de uma má administração.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Os bens públicos de “uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (CC, art. 100).

Os citados bens apresentam a característica da inalienabilidade e, como consequência desta, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração. Mas a inalienabilidade não é absoluta, a não ser com relação àqueles que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, as praias, os rios navegáveis etc. Os suscetíveis de valoração patrimonial podem perder a inalienabilidade que lhes é peculiar pela desafetação, “na forma que a lei determinar”⁶⁴

Segundo José Cretella Júnior, como os bens de uso comum e de uso especial são afetados ao uso do povo ou ao serviço público, são intangíveis:

Somente pelo instituto da desafetação, complexo demorado, é que poderão ser “degradados”, desclassificado, passando, desse modo, para a classe dos bens do patrimônio disponível e, só depois, suscetíveis de alienação, mediante licitação pública.⁶⁵

Seguindo essa mesma linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro aduz:

Com relação aos bens comum e de uso especial, nenhuma lei estabelece a possibilidade de alienação, por estarem afetados a fins públicos, estão fora do comércio jurídico de direito privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo Direito Civil. Para serem alienados pelos métodos de direito privado, têm de ser previamente desafetados.⁶⁶

Como bem observa a referida Autora, a inalienabilidade de tais bens não é absoluta, sendo possível a alienação desde que observados os requisitos postos na

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**, 1º volume. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 417.

⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 558.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 580.

legislação. Ademais, tais bens, apesar de não serem passíveis de transferência de domínio pelos métodos empregados na esfera privada, podem ser alienados conforme regras estabelecidas no direito administrativo, sendo passíveis de transferência entre os entes internos da administração, é o que estabelece os artigos 100 e 101 ambos do Código Civil de 2002⁶⁷.

A maioria dos autores e, inclusive, o Código Civil, conforme visto acima, traçam a inalienabilidade como característica básica dos bens públicos, elencando apenas os bens dominicais como passíveis de alienação. Na lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, a definição como bens inalienáveis não seria apropriada já que tal característica não é própria de todos os bens dominicais e sim de uma parcela deles que sejam naturalmente inalienáveis, mas sim como bens de alienação condicionada à observância dos requisitos legais ou como define Celso Antônio Bandeira de Mello, “alienabilidade nos termos da lei”⁶⁸.

Marques Neto, como forma de fundamentar sua teoria de que não são somente os bens dominicais que são passíveis de alienação, traz um exemplo elucidativo:

Imaginemos que o programa de moradia compreenda a venda, financiada, dos imóveis para a população eleita, com o pagamento a longo prazo. Ora, estes bens seguirão afetados à finalidade moradia popular (podendo inclusive, ser retomados caso o mutuário lhes dê destinação distinta) e, não obstante, serão ao final do prazo de mútuo definitivamente alienados ao mutuário. Neste caso, tempos um bem público (na medida que titularizado por pessoa jurídica de direito públicos; na hipótese a administração direta ou uma companhia habitacional constituída sob regime público); afetado a uma finalidade pública (moradia popular); e que não só pode ser alienado sem perder sua qualificação, como já subjaz a ela a própria vocação a ser alienado (passar para o domínio privado quando quitado o mútuo), como parte do cumprimento dos objetivos do programa habitacional.⁶⁹

Conforme assevera Marques Neto, para alguns autores apenas os bens comuns seriam absolutamente inalienáveis por conta de sua própria natureza e por

⁶⁷ Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. (BRASIL. **Novo Código Civil. Lei nº 10.403** de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.)

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 915.

⁶⁹ MARQUE NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 293.

existir, antes do direito do Estado, um direito subjetivo da população sobre estes bens. Para ele, o que é inalienável é a sua função.

Segundo elenca a Constituição Federal no art. 225 §5º e art. 231 §4º os únicos bens que são totalmente inalienáveis são: as terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado nas ações discriminatórias, as terras necessárias à proteção dos ecossistemas naturais e as terras indígenas.

Na definição de Hely Lopes Meirelles, entretanto, “os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a administração satisfaça certas condições prévias para a sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública”⁷⁰.

Deixando de lado toda essa discussão, de acordo com a legislação vigente, os bens públicos apenas podem ser passíveis de alienação desde que sejam bens dominicais ou, se comum ou de uso especial, passe pelo processo de desafetação.

Conforme preceitua Cretella Júnior, bens do patrimônio disponível (na sua definição, bens dominicais), somente poderiam ser alienados se a operação trouxesse alguma vantagem ao Estado, como por exemplo, títulos, valores, dinheiro, bens imóveis e móveis.

Quanto a alienação dos bens públicos, devem ser observados os seguintes requisitos, interesse público justificado, avaliação, licitação e autorização legislativa.

3.2 IMPRESCRITIBILIDADE

A imprescritibilidade é uma característica que resulta na impossibilidade de adquirir uma propriedade pública por meio da prescrição aquisitiva, ou seja, pelo instituto da usucapião.

A usucapião é instituto do Direito Romano constituída em uma forma de aquisição primária de propriedade pelo uso, desde que haja o preenchimento de certos requisitos. A imprescritibilidade dos bens públicos engloba tanto os bens

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 510.

móveis quanto imóveis e vem disciplinada nos artigos 183 §3º e 191 parágrafo único da Constituição Federal de 1988⁷¹ e art. 102 do Código Civil de 2002⁷².

No ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

Mesmo que o interessado tenha posse de bem públicos pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica do usucapião. A ocupação ilegítima em área do domínio público, ainda que por longo período, permite que o Estado formule a respectiva pretensão reintegratória, sendo incabível a alegação de omissão administrativa⁷³.

Segundo Celso Antônio Bandeira Mello, “bens públicos”, sejam que categoria forem, não são suscetíveis de usucapião⁷⁴. Afirma, ainda, o autor, que tal característica intrínseca ao bem público, já vinha disciplinada desde o Brasil–Colônia e que não há dúvidas quanto a tal caracterização já que o assunto foi pacificado pela edição da súmula 340 do STF:

STF Súmula no 340 – 13/12/1963 – Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

Data vênua, mas, no período da pós independência, não havia nenhuma lei que disciplinasse a matéria da usucapião, havendo como ressalta o professor Elpídio Donizetti⁷⁵ a *usucapião imediata*. Apenas com o advento da lei 601, de 1850

⁷¹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

(...)

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.)

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

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.)

⁷² Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. (BRASIL. **Novo Código Civil. Lei nº 10.403** de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.)

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1254.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 916.

⁷⁵ DONIZETTI, Elpídio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino**. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

é que o Estado passa a demarcar suas terras e discrimina-las, sem entretanto, disciplinar a matéria.

Com a consolidação das leis civis realizada por Augusto Teixeira de Freitas, a matéria veio disciplinada e expressa quanto a impossibilidade de se usucapir bens públicos. Donizetti ressalta, entretanto, que Teixeira de Freitas observava “que era necessário distinguir as coisas do uso público das coisas do domínio do Estado, porquanto somente as primeiras não eram passíveis de usucapião”⁷⁶.

Observa-se que o tema sempre foi matéria de muitas discussões e enfrentamentos havendo quem defenda a usucapibilidade e quem a reprove.

Diogenes Gasparini diz que, “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. A regra é ampla, de sorte a abranger toda e qualquer espécie de bem público”.⁷⁷

Eduardo Garcia Enterría, entretanto, “considera que em certas condições, e sobre a base de um prazo largo – sessenta ou mais anos – deveria ser aceita a possibilidade de o particular adquirir por prescrição bens do domínio público”.⁷⁸

O entendimento de Enterría encontra respaldo na Nova Consolidação das Leis Civis, publicada em 1899, por Carlos Augusto de Carvalho, ressaltando Donizetti que:

O art. 431 da Nova Consolidação de Carlos de Carvalho dispunha expressamente, no art. 431:

Art. 431. A prescrição extraordinária completa-se em 30 ou 40 anos e dispensa justo título.

§ Único. O prazo de 40 anos é exigido para a prescrição dos bens do domínio privado da União.⁷⁹

Desta forma, restou clara a possibilidade de usucapir um bem público por um lapso temporal previamente fixado.

⁷⁶ DONIZETTI, Elpidio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil**: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

⁷⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 890.

⁷⁸ ENTERRÍA apud ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

⁷⁹ CARVALHO apud DONIZETTI, Elpidio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil**: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

Ainda no que diz respeito ao desenvolvimento histórico do tema, o código Civil de 1916 ficou-se em silêncio, mencionando apenas a característica da inalienabilidade de tais bens. Ressalta Donizetti⁸⁰, entretanto, que este não era o real intuito de Clóvis Beviláqua, autor do código de 1916:

Clóvis Beviláqua – autor do projeto que originou o Código –, em seu Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, criticou tal preceito – que não constava com tal redação em seu projeto – e sugeriu como deveria ser interpretado:

A fórmula do Código é defeituosa, neste artigo. Os bens dominicais da União, dos Estados e dos Municípios não são inalienáveis, como poderia ser alguém levado a supor, tomando à letra o disposto no art. 67. Somente se alienam segundo as normas e regras estabelecidas na lei, porém se alienam. Os bens públicos de uso comum, esses sim, são inalienáveis. São-no, também, os de uso especial, enquanto conservarem esse caráter.

A fórmula do Projeto primitivo era a seguinte: Os bens comuns, enquanto conservarem esse caráter, não são alienáveis nem sujeitos à usucapião; os de uso especial e os patrimoniais podem ser alienados, de conformidade com as leis, que os regulam. O Projeto Revisto estendeu a inalienabilidade aos bens de uso especial, o que é de boa doutrina. A Câmara pretendeu dar um passo além, considerando inalienáveis todos os bens públicos (art. 70 do seu Projeto). A lei, porém, não pode forçar a natureza das coisas. A inteligência do art. 67 somente pode ser a que acima vai indicada.

Segundo ressalta Donizetti, houve muita polêmica na época a respeito do tema, pois alguns juristas entendiam ser possível a usucapião de bens públicos e outros entendiam que com a entrada em vigor do Código de 1916, não seria mais possível, sendo resolvido o entrave com a edição do Decreto nº 22.785/33 que proibia expressamente a usucapião de qualquer tipo de bem público.

Pela análise do esboço histórico percebe-se que o real intuito dos legisladores até então era a vedação da usucapião aos bens públicos classificados como de uso comum e especial, não havendo a vedação para os dominicais. Ainda nos dias atuais, em que pese a expressa vedação, há discussões sobre o tema dividindo os doutrinadores.

A doutrina faz uma distinção entre bens formalmente públicos e bens materialmente públicos. Os formalmente públicos são todos os bens de titularidade do

⁸⁰ DONIZETTI, Elpidio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino**. 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

Estado. Os materialmente públicos, em que pese serem de titularidade do Estado, possuem uma função social. Podem-se citar como exemplo, os bens de uso comum e os bens de uso especial.

Para alguns autores, os bens formalmente públicos deveriam observar o princípio da função social, é o que se vê do ensinamento de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, “A nosso Viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade⁸¹. Deste modo, consideram os Autores citados, que, os bens sendo formalmente públicos deverão obedecer ao princípio da função social, o que poderia gerar a possibilidade da prescrição aquisitiva no caso de desatendimento ao princípio.

Carvalho Filho faz uma crítica a tal entendimento:

Dissentimos, *concessa vênia*, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatada em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados.⁸²

Floriano de Azevedo Marques Neto explica que o requisito da imprescritibilidade dos bens públicos, foi disciplinado na legislação como forma de evitar a perda dos bens de patrimônio do Estado, pela inércia do poder público. Nas suas palavras:

Uma coisa é haver a decisão de alienar um bem, sopesando ser mais interessante dele dispor, para fazer renda ou para permitir que ele cumpra sua função social no domínio de um particular (como ocorre, *verbi gratia*, com as moradias populares ou com os títulos para reforma agrária). Outra bem distinta é ser o patrimônio público desfalcado (pois a usucapião é perda da propriedade sem qualquer reposição patrimonial ou possibilidade de clausular o domínio) por conta da incúria e ineficiência do administrador na gestão dos bens públicos.⁸³

⁸¹ COUTINHO, Élder Luís dos Santos. **Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos**. VI CONVIBRA – Congresso Virtual brasileiro de Administração, 2009, s/p. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/2009/artigos/91_0.pdf>. Acesso em: 12 de mai. 2012.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1252.

⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 304.

O ordenamento jurídico atual não deixa dúvida quanto a impossibilidade de aquisição de um bem público via usucapião. A vedação constitucional é expressa, ademais, o tema encontra-se pacificado e qualquer outro entendimento trata-se apenas de conjecturas e opção por um “dever ser”, já que como a vedação é expressa, a modificação se daria apenas por meio de emenda constitucional. Será que tal entendimento não estaria defasado? Vejamos.

Não podemos olvidar, entretanto, da importância dos princípios em nosso ordenamento, sendo-lhes atribuído força normativa. Conforme apregoa a teoria da constitucionalização do Direito, a norma não deve ser analisada de maneira engessada e sem a colocarmos num contexto.

Elpídio, defende a possibilidade de se usucapir um bem público, bem dominical, com base na garantia do direito à moradia. Para isso, traz como fundamento a hermenêutica constitucional, destacando os princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justiça e da concordância prática.

Em que pese a existência da vedação da usucapibilidade de um bem público, a norma não deve ser interpretada de forma isolada. A priori o bem público é impenhorável, entretanto, há casos em que permitir a usucapião de um bem público, torna-se mais importante ao atendimento do interesse social (destinação que deve ser observada pela entidade pública) do que simplesmente o direito de propriedade do Estado.

De mais a mais, ainda que o entendimento fosse pela total impossibilidade de usucapir um bem público, tal fundamento não deve servir de justificativa para a inobservância do princípio da função social. Entender que o bem público atende a função social apenas pelo fato de ser público, é deixar de dar efetividade prática ao princípio.

A função social deve nortear não só os particulares, que podem vir a perder a propriedade no caso de inobservância ao princípio, como também o Estado. Razões não há para que o poder público não atenda aos ditames da função social, muito menos com base na falácia de que os bens públicos já atendem a tal princípio apenas por serem classificados como públicos.

Não há como negar, entretanto, que o regime jurídico a ser aplicável ao particular deve ser diferente ao aplicável ao Estado. Diante da conjectura atual, faz-se necessário reanalisar o tema, tendo em vista as necessidades desenvolvidas. As

regras e princípios devem ser flexíveis para que acompanhe o desenvolvimento social e as suas necessidades, nunca olvidando, entretanto, da segurança jurídica. Nada mais justo poderem os cidadãos pressionarem o poder público no sentido de dar uma destinação em prol da coletividade aos bens ociosos titularizados pelo Estado.

3.3 IMPENHORABILIDADE

O requisito da impenhorabilidade pressupõe a não sujeição dos bens públicos ao regime da penhora para satisfação de débitos. Tal princípio decorre do postulado de que o Estado não pode dispor livremente de seus bens (inalienabilidade). É o que se vê do art. 649, I do Código de Processo Civil que estabelece que são absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis.

Na definição de José dos Santos Carvalho Filho, “a impenhorabilidade tem o escopo de salvaguardar os bens públicos desse processo de alienação, comum aos bens privados”.⁸⁴ Possui como finalidade a proteção do patrimônio público contra falhas na administração.

Em caso de execução contra o Estado deve ser observado o regime jurídico dos precatórios disciplinados no art. 100 da Constituição Federal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, tal dispositivo fundamenta o requisito da impenhorabilidade. Na Definição de Diogenes Gasparini, “a impenhorabilidade resguarda os bens públicos, não permitindo que sobre eles recaia penhora.”⁸⁵

Segundo Alexandre Mazza⁸⁶, a impenhorabilidade é um atributo absoluto o qual todo bem público possui.

Em sentido contrário, entretanto, José Marinho Paulo Junior⁸⁷, defende a possibilidade de penhora dos bens classificados como dominicais, se estiverem sendo utilizados em caráter privado. Tal posicionamento, entretanto, é criticado por

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1255.

⁸⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 890.

⁸⁶ MAZZA, Alexandre. **Administrativo – Bens públicos**. Blog Vou Passar Também, 01 fev. 2012, s/p. Disponível em: <<http://www.voupassartambem.com/2012/02/administrativo-bens-publicos.html>>. Acesso em: 06 mai. 2012.

⁸⁷ PAULO JÚNIOR *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1255.

Carvalho Filho, que entende que tal ideia confronta o princípio da garantia dos bens públicos, independentemente da categoria a que pertençam.

3.4 IMPOSSIBILIDADE DE ONERAÇÃO

A não onerabilidade dos bens públicos resulta na impossibilidade de oferecer o bem estatal como garantia de crédito. Não pode recair sobre os bens públicos direitos reais como a penhora, hipoteca e anticrese.

Como forma de garantia dos créditos administrativos, foi criado um regime próprio de precatórios disciplinados no art. 100 da Constituição Federal, já mencionado no item 3.3.3.

A impossibilidade de oneração resulta da falta de livre disponibilidade da administração com relação a seus bens. É o que se vê do artigo 1420 do Código Civil, que preceitua que, para que se possa onerar um bem é necessário que se tenha o poder de aliená-lo, assim, quem não tem a possibilidade de dispor livremente do bem não poderá gravá-lo com ônus reais. O dispositivo em comento fundamenta a característica da não onerabilidade.

Alguns doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello e José Cretella Junior, sequer citam tal característica. Para eles, a não onerabilidade está inserida em outras duas características intrínsecas ao bem público, quais sejam, a impenhorabilidade e a inalienabilidade.

Já Hely Lopes Meirelles, que enumera a impossibilidade de oneração como característica dos bens públicos, define que:

Não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos das entidade estatais são insuscetíveis de penhora, sendo a penhora consectário legal da execução para a satisfação do crédito, objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de constituir-se penhor ou hipoteca sobre bens e rendas públicas de qualquer natureza ou procedência.⁸⁸

Em que pese o posicionamento de tal autor, a ideia defendida por Diogenes Gasparini é diametralmente oposta. Para Gasparini os bens públicos classificados como dominicais poderiam ser gravados com ônus reais desde que autorizados por lei. O autor cita como exemplo a lei Municipal da Capital de São Paulo

⁸⁸ MEIRELLES *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 677.

n. 10553 de 1988, que autorizou o executivo a dar em garantia bens imóveis municipais.

O regime de execução contra a Fazenda Pública é instituído, como também o é o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, em benefício do Estado, e este, segundo o interesse público, pode abrir mão desse privilégio e destinar, previamente, certos bens para garantir uma dada operação. A constituição Federal, no art. 167, IV. Expressamente, prevê a vinculação de receita de impostos para garantir operações de crédito por antecipação de receita. De sorte que é legítima a garantia hipotecária incidente sobre bens públicos, bem como as consequências decorrentes, se tal operação for permitida em lei.⁸⁹

Seabra Fagundes⁹⁰ afirma que, o Estado ao gravar um bem com garantia real está optando pela não observância da inalienabilidade característica dos bens públicos. Segundo o autor, uma vez que o estado aquiesce em firmar penhor ou hipoteca, em benefício de credor seu, abre mão, ao fazê-lo, da inalienabilidade peculiar dos bens públicos. Seabra também afirma que, apenas sob bens dominicais poderiam recair garantias reais.

Floriano de Azevedo marques Neto é da mesma opinião. Para ele, a característica da impossibilidade de oneração não é absoluta na medida em que tanto os bens dominicais quanto as rendas públicas podem ser gravados com ônus reais, já que estes bens, em tese, são alienáveis. Nas palavras do doutrinador:

A disponibilidade do bem em garantia, pressupõe-se, é antecedida por uma decisão do poder público (e não do credor), amparada em fianças públicas, nem em uma alienação de bens ao alvedrio do credor, já que os bens dados em garantia estariam previamente consagradas pela regra do art. 100 da CF. A satisfação do crédito de um credor com garantia real é distinta da do credor quirografário.

Aduz ainda que, o próprio Código Civil, permite expressamente a possibilidade de hipoteca sobre bens públicos, nos artigos 1473, IV e V, e artigo 1230.

É importante observar, entretanto, que o mesmo diploma que fundamenta a possibilidade de oneração dos bens públicos, na definição de Marques Neto, também fundamenta a impossibilidade de oneração. Conforme já analisado, o artigo 1420 do Código Civil define que não é possível gravar com ônus reais bens em

⁸⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 891.

⁹⁰ FAGUNDES *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 667.

que seu titular não possua livre disponibilidade sobre eles. A justificativa de que os bens dominicais poderiam ser gravados com ônus reais por serem bens definidos como passíveis alienação, não deve proceder. A alienação desses bens não é livre, devendo observar o que estabelece a legislação, assim como os bens de uso especial e comum do povo que, desde que desafetados podem ser alienados.

Ademais, segundo o autor, a “simples oneração de um bem alienável como garantia real de um débito não parece ser, de per se, contrária ao ordenamento jurídico”.⁹¹

Maria Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, discordam do posicionamento dos renomados autores. Carvalho Filho alega ser incompatível e inviável o ajustamento de garantia real sobre bens públicos. Segundo define:

Se, por desvio jurídico, as partes assim ajustarem, a estipulação é nula e não pode ensejar efeitos normalmente extraídos desse tipo de garantia. O Credor terá que se sujeitar ao regime previsto no mandamento do art. 100 da Carta em vigor, isto é, o regime de precatórios.⁹²

Para Zanella de Pietro, essa tese não merece guarida. Segundo argumenta a autora:

Diante, porém, do direito positivo brasileiro, essa tese não é defensável, pois o processo de execução contra a Fazenda Pública obedece a normas próprias estabelecidas no artigo 100 da Constituição Federal e que excluem qualquer possibilidade de penhora de bem público, seja qual for a sua modalidade. Não poderia a Fazenda Pública, nem mesmo com autorização legislativa, abrir mão da impenhorabilidade com que a própria Constituição quis proteger os bens públicos de qualquer natureza.⁹³

A constituição traz inúmeros dispositivos que buscam proteger os bens pertencentes ao poder público. Defender a ideia de que os bens públicos, mesmo que os dominicais possam ser gravados com ônus reais é colocar o patrimônio público em risco, podendo ser degradado, fruto de uma má administração.

⁹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica; o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 301.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1257.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 677.

4 A CONCEPÇÃO DA PROPRIEDADE NO MUNDO

A moderna concepção ocidental sobre a propriedade, fundamentada pelo pensamento liberal burguês, enfatiza a ideia de exclusividade e individualidade. Tal concepção modificou o conceito de uso e fruição da propriedade sendo dados, ao longo dos séculos, diversos enfoques sobre o conceito de propriedade. Passou-se da ideia de coisa comum, proveniente da própria existência humana, assim como afirmam os jusnaturalistas, para a ideia de algo restrito proveniente de uma apropriação individual e objeto de mercantilização. A noção de utilidade econômica passa a estar atrelada à noção de propriedade refletindo ideias exclusivistas.

As ideias defendidas por LOCKE⁹⁴ contribuíram para essa mudança de pensamento. Ele entende a propriedade como algo comum a todos, mas justifica a sua exclusividade baseada na força de trabalho nela empregada pelo indivíduo fazendo com que a propriedade deixasse de ser comum, para tornar-se exclusiva.

Do ponto de vista histórico, pode observar-se que a propriedade sempre foi colocada como ponto central do Estado, conforme se nota: A Constituição Francesa de 1793, no seu artigo 1º dispõe que: “o governo existe para garantir ao homem o gozo dos seus direitos naturais e imprescritíveis”, sendo estes direitos previstos no artigo 2º como, “a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”. Mais à frente tem-se a Constituição Portuguesa de 1822 que elenca como objetivo da Nação Portuguesa manter a liberdade, segurança e propriedade de todos os portugueses, dispondo ainda no seu artigo 6º que a propriedade é um direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens.

Historicamente, no Brasil também não foi diferente. Na constituição imperial de 1824 artigo 179, XX, era previsto que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, baseados na liberdade, segurança individual e na propriedade, seria garantida pela Constituição do Império, consubstanciada na defesa do direito à propriedade em toda sua plenitude, assegurando aos proprietários o direito à indenização prévia. O próprio Código Civil brasileiro de 1916, a partir do momento em que garante ao indivíduo o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-

⁹⁴ LOCKE *apud* ARAÚJO, Cloves dos Santos. **Os fundamentos político-filosóficos da propriedade moderna, suas rupturas e a função social**. 2009. Monografia. (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

los do poder de quem quer que injustamente os possua, revela esta concepção do Estado Moderno.

Diante, entretanto, da conjectura nacional então vigente e da crescente preocupação com o social, surge o movimento neoconstitucionalista que deu forma ao Estado constitucional de direito. Tal Estado é fundamentado em valores voltados para questões sociais e ideais de fraternidade e solidariedade, o que modificou a concepção de propriedade até então exclusivista e individualista.

Juntamente com essa nova visão de Estado cresce a importância do princípio da função social da propriedade, como forma de limitar o uso e fruição da propriedade privada, revelando uma obrigação posta aos proprietários de observância ao interesse social.

Os primeiros traços do que se pode chamar de princípio da função social da propriedade surge na ideia média, guardando relação com a doutrina cristã embasada na ideia de justiça divina.

Na encíclica *Rerum Novarum* de 1891, do Papa Leão XIII⁹⁵, a propriedade particular era entendida como um direito natural do ser humano, sendo necessária à sua própria subsistência. Nem todos deveriam possuir terras, mas os que possuíssem deveriam compartilhar os bens produzidos em excedente, com os demais. Deus havia criado a terra para o gozo de todos os indivíduos. Qualquer forma de oposição a este direito, mesmo que proveniente do Estado, era considerada ilegítima. A propriedade pública, apenas era aceita se utilizada em prol do bem comum.

A encíclica *Mater et Magistra*, de 1961⁹⁶, também defendia a propriedade como sendo um direito natural necessário à dignidade humana, devendo ser assegurado a todos e não somente aos ricos. Estes deveriam repartir o produzido com os necessitados como forma de elevação espiritual. O excedente não poderia ser objeto de avareza, devendo ser socializado. Esta encíclica trazia a ideia de que a propriedade não poderia ser considerada um direito absoluto, não podendo ser utilizada em detrimento do bem comum. Defendia, inclusive, a expropriação das terras que não visassem à função social.

⁹⁵LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: < http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html >. Acesso em: 22 set. 2016.

⁹⁶JOÃO XXIII. **Carta Encíclica Mater Et Magistra**. Disponível em: < http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

A encíclica *Centesimus Annus*, de 1991⁹⁷, também tratava a propriedade privada como um bem comum. Esta possuía limites que visavam o desenvolvimento social.

No âmbito do direito, a ideia até então vigente era de que a propriedade constituía um direito subjetivo e, como tal, era passível de gozo e fruição da maneira que melhor aprouvesse ao proprietário. Não havia qualquer tipo de preocupação com o interesse da sociedade, o que causava uma grave exclusão social.

Foi apenas no final do século XIX que as primeiras restrições ao uso sem limites da terra passaram a surgir. Através das jurisprudências francesas, começou-se a restringir o direito de propriedade como forma de evitar o abuso de poder. Como cita Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Lembramos de dois casos paradigmáticos: a) proprietário que edifica uma enorme chaminé apenas com a finalidade de emanar gases no terreno do vizinho; b) proprietário que levanta alto muro com hastes de ferro, tão-somente para causar danos aos dirigíveis que partiam do prédio contíguo. Nas duas hipóteses, as cortes francesas entenderam que o direito de propriedade não poderia ser utilizado apenas com o propósito de causar danos a terceiros, sem o intuito de produzir qualquer proveito ao seu titular.⁹⁸

Léon Duguit⁹⁹ foi o principal crítico da ideia de considerar a propriedade como um direito subjetivo. Para ele o homem não possuía direitos, apenas deveria cumprir uma função na sociedade, com isso a propriedade não era um direito e sim uma função social. Tal ideia originou uma renovação no direito civil. Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

O ponto de partida da concepção revolucionária acerca do direito subjetivo e do direito de propriedade é insustentável, pois parte do homem natural, isolado, independente, que tem, em sua qualidade de homem, direitos anteriores à sociedade, e que aporta estes direitos à sociedade.¹⁰⁰

⁹⁷ JUAN PABLO II. **Encíclica Centesimus Annus**. Disponível em: < http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 201.

⁹⁹ DUGUIT *apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

¹⁰⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

O autor critica a ideia de Duguit de não considerar a propriedade como um direito e sim como uma riqueza passível de proteção pelo direito. Tal pensamento levaria à concepção de que os indivíduos não teriam direitos, mas unicamente deveres. O direito do homem apenas se afirmaria quando este cumprisse sua função.

Para Marcos Alcino de Azevedo Torres, tal direito corresponderia a um direito-função e o importante seria compatibilizar a ideia de função com a ideia de direito, o que, segundo o autor, não se mostra incompatível. Segundo cita: “deve a propriedade ser exercida de modo tal que o seu titular utilize a coisa sem impor sacrifício ao maior número”.¹⁰¹

Duguit, entretanto, foi um personagem que influenciou a adoção do princípio da função social da propriedade nas constituições posteriores. A partir da disseminação de suas ideias, o assunto, função social tornou-se item necessário nas constituições.

Outros marcos importantes na evolução do princípio da função social da propriedade foram as Constituições de Weimar na Alemanha, em 1919, e a Constituição Mexicana de 1917.

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a incluir em seus textos os direitos sociais. Ela limitava o uso da propriedade, restringindo a posse de exploração de mineral e a exploração de terras por estrangeiros.

Foi somente com a Constituição de Weimar em 1919, marca da transição entre o estado liberal e o estado social, que houve a especificação do princípio da função social. A partir de então, tal princípio foi elevado à categoria constitucional e a propriedade entendida como um direito individual.

A Constituição alemã defendia que o uso e o exercício da propriedade deveriam atender a um fim social, é o que podemos compreender do seu art. 153 que “A propriedade obriga que seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

4.1 DESENVOLVIMENTO DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

¹⁰¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 219.

Assim como no restante do mundo, a propriedade no Brasil nasce com caráter absoluto, sendo de propriedade da Coroa portuguesa todo o território. Carlos Callage¹⁰² faz uma ressalva, entretanto, onde aduz que, em que pese a propriedade ter para a Coroa portuguesa o caráter absoluto, na esfera privada o tratamento era diferente.

Segundo explica o Autor, as terras que eram da rainha, seriam concedidas aos particulares através das capitânicas e sesmarias, que apenas eram transferidas ao particular, caso se obrigassem ao cultivo da terra. Podendo-se vislumbrar, ainda que incipiente e injusta, uma preocupação com a destinação da propriedade.

O que podemos ver, entretanto, da análise das constituições, é que, ao contrário do que afirma o Autor, a propriedade para os particulares tinha, também, a características de ser absoluta e ilimitada. O intuito real da realização das sesmarias e das capitânicas era o de iniciar o processo de colonização e exploração comercial. A preocupação com o cultivo nas terras, se dava apenas no intuito citado, diferentemente da ideia que temos hoje sobre o uso da propriedade. No início da colonização não havia preocupação com o social nem a ideia de proteção ambiental, o fim que se almejava era estritamente econômico.

Giuliano Deboni¹⁰³, fazendo uma análise minuciosa das diversas constituições já adotadas pelo Brasil, divide a história brasileira em 3 fases. Na primeira fase, como dito, a propriedade era tida como um direito absoluto e ilimitado, em seguida surge uma geração que, segundo o autor, “dedica particular atenção aos direitos sociais”¹⁰⁴. Nesta fase o termo função social passou a ser adotado pela constituição e por último, na terceira fase, a expressão função social ganha contornos mais amplos, surgindo também, uma função social ambiental da propriedade. Desta forma, no Brasil, o desenvolvimento da ideia de propriedade atravessa a concepção individualista e resulta na ideia de função social como elemento fundamental da propriedade.

Passamos para a análise das constituições.

¹⁰² CALLAGE, Carlos. **Função Social da Propriedade**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/ztese16.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

¹⁰³ DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental**. Sistemas jurídicos italiano e brasileiro. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. P. 119.

¹⁰⁴ Ibidem

A constituição de 1824, primeira constituição brasileira, foi influenciada pelo código de Napoleão. Ao contrário das demais constituições estabelecidas na época, a constituição brasileira apenas tratava da declaração de direito ao final do diploma e não no início como de costume. Tal tratamento evidenciava a falta de interesse do legislador sobre o tema.

No título “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadões Brasileiros” (declaração de direito), o art. 179 inciso XXVII, trazia como garantia aos cidadãos brasileiros a inviolabilidade do direito à propriedade concebendo-a como direito ilimitado e absoluto. Estabelecia o art. 179 XXII infra firmado que:

Art. 179 (...)
XXII – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude (...).

Do exposto, percebe-se o nítido caráter absolutista que revestia a propriedade na época. A mesma visão individualista foi adotada na Constituição de 1891 art. 72, §17, que assim como a Constituição anterior, garantia aos cidadãos e estrangeiros residentes no país, a propriedade em toda sua plenitude.

De acordo com Barbara de Almeida Araújo, a propriedade nesta época “era uma vitória da burguesia que ansiava por limites à intervenção estatal, para assim possibilitar o seu pleno desenvolvimento econômico”¹⁰⁵.

Não foi diferente com o primeiro Código Civil brasileiro de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua. Segundo Almeida Araújo, o Código Civil foi influenciado pelo Código francês de 1804 e pelo Código alemão de 1896, diplomas esses que, apesar de liberais estavam mais interessados em “eliminar os entraves à circulação das riquezas existentes no antigo regime que em tutelar interesses não proprietários;”¹⁰⁶

Alguns artigos do Código de 1916 apresentavam certos limites com relação ao exercício da propriedade, entretanto, conforme dispõe Deboni, o domínio, ainda, era entendido como exclusivo e ilimitado. É o que se depreende dos artigos 524 e 527 abaixo transcritos:

¹⁰⁵ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38.

¹⁰⁶ Ibidem.

Art. 524 A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Art. 527 o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de junho de 1934, a concepção individualista até então adotada foi perdendo força. Influenciada principalmente pela Constituição de Weimar de 1919, o direito de propriedade passou a se vincular ao interesse social. A referida Constituição não mais garantia aos cidadãos e residentes o direito de propriedade em sua plenitude. O art. 113 §17º garantia o exercício da propriedade desde que não fosse contrário ao interesse social ou coletivo.

A Constituição de 1934 consagrou a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada.

Posteriormente houve a outorga da Constituição de 17 de novembro de 1937, caracterizada como um período de exceção na história do constitucionalismo brasileiro. Tal constituição era chamada de “POLACA”, pois foi inspirada na carta polonesa de 1935. Esta constituição representou, conforme as palavras de Deboni, “um claro retrocesso do processo evolutivo da propriedade no direito constitucional brasileiro”¹⁰⁷, além de ter reduzido alguns dos direitos individuais.

Ao contrário da Constituição anterior, a constituição de 37 deixou de estabelecer a função social como elemento da propriedade e não atrelava expressamente o uso à observância do interesse social ou coletivo.

Estabelecia o art. 122 §14º:

Art. 122 A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 14 O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

¹⁰⁷ DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada**: do caráter absoluto à função social e ambiental. Sistemas jurídicos italiano e brasileiro. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. P. 110.

Esta constituição relegava a segundo plano a questão da propriedade e deixa ao alvedrio da lei a estipulação dos limites desta. Segundo Deboni, mesmo a constituição não prevendo expressamente, o Supremo Tribunal Federal, naquele período, já exaltava o papel social da propriedade.

Posteriormente, influenciada pelos efeitos do pós guerra, a Constituição de 18 de setembro de 1946, enaltecia as características e princípios sociais. Dispunha no art. 141§ 16:

Art. 141 A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernente à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16 é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Estabelecia, ainda, o art. 147 que:

Art. 147 O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Já com a Constituição de 15 de março de 1967, o princípio da função social foi definitivamente consagrado, conforme se vê do art. 157 *in literis*:

Art. 157 A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III função social da propriedade

Na vigente Constituição de 1988, a ideia da função social como elemento inerente à propriedade já se encontra consolidada. Há uma inovação nesta Constituição conforme assevera Lucas Hayne¹⁰⁸, no que diz respeito aos efeitos da função social, havendo uma variação conforme seja a propriedade urbana ou rural.

De acordo com a disposição no texto constitucional dos artigos referentes à propriedade percebe-se que esta é entendida não só como direito

¹⁰⁸ BARRETO, Lucas Hayne Santas. **Função social da propriedade**: análise histórica. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, ano 3, n. 142, s/p. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=776>>. Acesso em: 06 mai. 2012.

fundamental inserida no caput do art. 5º, juntamente com o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, e no inciso XXIII, mas também como elemento da ordem econômica, disposto no art. 170.

Em 2002 foi estabelecido o novo Código Civil que ao contrário do antigo Código, já prevê a observância do princípio da função social. Podendo citar como artigo relevante, conforme a lição de Hayne, o art. 128 §1º e 2º, abaixo transcrito:

Art. 1228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

§ 2º são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Do exposto, pode-se concluir que, a propriedade apenas existe se respeitados os interesses da coletividade, resultado, de acordo com Hayne, da publicização do Direito.

Segundo o Autor:

Não há que se falar em propriedade sem que tal direito esteja imbuído de uma destinação – ou função – social, elementos este integrante e necessário para sua própria existência. Qualquer tentativa de utilizar-se deste direito para fins egoísticos e danosos à coletividade deverá ser prontamente cerceada.¹⁰⁹

Conforme pode-se perceber, a propriedade vai perdendo seu caráter absoluto e ilimitado dando lugar, ainda que de forma incipiente, a uma propriedade voltada para o bem estar coletivo.

De acordo com Almeida Araújo, a lei preocupava-se com o aspecto estrutural do direito de propriedade, apenas elencando os direitos adquiridos com a propriedade, como o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar. Posteriormente, essa visão foi dando lugar a ideia da propriedade sob um aspecto funcional. Apenas no século XIX é que a noção de propriedade como direito absoluto vai sendo alterada,

¹⁰⁹ BARRETO, Lucas Hayne Santos. **Função social da propriedade**: análise histórica. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, ano 3, n. 142, s/p. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=776>>. Acesso em: 06 mai. 2012.

fruto, segundo aduz o autor, do desenvolvimento da teoria do abuso do direito, que condena o abuso excessivo de um direito com o fito apenas de prejudicar interesse alheio ou o exercício desse direito de maneira irregular que não atenda às finalidades sociais e econômicas.

Neste momento é que a propriedade segundo afirma Duguit, passa a tornar-se a própria função social já que “o proprietário deve necessariamente exercer finalidades sociais”.¹¹⁰

Diante das necessidade do mundo atual, a ideia constitucional de propriedade tem como fundamento a tutela da dignidade humana. Desta forma, Almeida Araújo defende que a função da propriedade:

(...) deve ser estudada pela doutrina não mais como elemento, limitador externo ao direito de propriedade, como as primeiras leis intervencionistas, mas como elemento apto a transformar substancialmente a estrutura do domínio. De fato, a função social, como mero limite ao direito de propriedade, significaria um retorno à concepção tradicional de domínio.¹¹¹

Atrelar À propriedade uma destinação que vise o interesse coletivo é algo importante para o desenvolvimento da nação, corroborando com o entendimento do professor Hayne, não há propriedade sem que esta atenda à função social.

5 A FUNCIONALIZAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS

Com a crescente preocupação com a sociedade e o desenvolvimento do Estado Social, o Direito sofreu grandes mudanças. O estruturalismo foi perdendo forças, dando lugar a teoria da funcionalização, o que se firmou com o fim dos regimes autoritários, já que o pensamento positivista legitimou regimes políticos antidemocráticos. Como assevera Norberto Bobbio¹¹², saímos da teoria estrutural/forma, para dar lugar a teoria funcional/sociológica.

Neste período, a análise de certo elementos que antes não eram objetivo do Direito, passou a ser essencial e fazer parte do próprio Direito. Como bem explica fiuza:

¹¹⁰ ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 40.

¹¹¹ Ibidem, p. 45.

¹¹² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

Não era preocupação do jurista, a função, a finalidade, a utilidade desses institutos, das quais deveriam se ocupar os sociólogos, cientistas políticos, economistas e psicólogos.

A partir do final do século XIX, entretanto, esse método estruturalista começa a ser questionado. Rudolph von Jhering lança o utilitarismo; surgem pensadores com ideias as mais diversas, propugnando por uma visão não estruturalista do Direito. Tudo isto coincide com o surgimento do Estado Social, preocupado com o bem-estar da sociedade, o qual deveria ser objetivo do Direito. Assim começa o Direito a se funcionalizar.¹¹³

O Direito sofre influências de vários outros subsistemas como a política, economia, cultura, por isso entendê-lo de maneira estática, apenas como um complexo de textos e normas, o faria estar sempre defasado, pois, não conseguiria acompanhar o desenvolvimento social e não serviria como instrumento de justiça, podendo, como dito, legitimar, inclusive, regimes antidemocráticos.

Como assevera Bobbio¹¹⁴: “Correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social”.

O Direito precisa ser entendido como um valor e não como um fato. A norma deve ser interpretada de acordo com sua função, com parâmetros éticos e morais, buscando valores constitucionais e levando em consideração aspectos filosóficos. O positivismo jurídico relegava os juízes a meros operadores do direito, sem uma função pensante.

Após o período em que se apregoava o positivismo jurídico, surge o Jusnaturalismo, sistema que traz a ideia da funcionalização do Direito. Ao contrário, entretanto, do que muitos pensam, o Jusnaturalismo não é uma contraposição ao positivismo. Conforme lição de Bobbio, em que pese a necessidade da interpretação das normas levando em consideração os aspectos mencionados, da moral, eticidade dentro outros, há que se ter limites à interpretação, sob pena de ferir a segurança jurídica. Desta forma, ensina o Autor:

Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um complemento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica

¹¹³ FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso completo. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.148.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional.¹¹⁵

Fiuza defende uma interpretação atrelada aos princípios existentes em nosso ordenamento e consagrado pela Constituição Federal de 1988. O Autor defende a eficácia indireta dos Direitos fundamentais, onde, os referidos direitos, devem irradiar efeitos tanto no momento de criação das leis, quanto no momento de sua interpretação. Desta forma, o juiz poderia julgar um norma inconstitucional em um caso concreto.

Diante de um caso concreto, deve-se extrair o texto de lei dentro do ordenamento jurídico que mais se coaduna ao fato, e depois individualizar a norma que está contida nesse texto de lei.

Para extrair a norma, entretanto, devemos atrela-la a todos princípios que circundam nosso ordenamento e sopesar o mais importante diante do caso concreto. A norma não pode ser entendida fora do contexto social e constitucional. Isso é o que se pode chamar de funcionalização dos institutos jurídicos. Segundo Eros Roberto Grau:

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.
Não se interpreta o direito em tira, aos pedaços.
A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao interprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídicos, não expressa significado normativo algum.¹¹⁶

Diante dessa conjectura, ao individualizarmos a norma contida no texto de lei do art. 5º, XXIII da Constituição Federal, que atrela a propriedade à função social, podemos entender que a propriedade está posta em sentido amplo, não devendo haver ressalvas quanto a ser pública ou privada. A ressalva estaria nas consequências da aplicação do referido princípio, já que a constituição veda expressamente a possibilidade de usucapião do bem público. É o que podemos extrair da utilização dos princípios e métodos da hermenêutica constitucional.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006, p.44.

6 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PRINCÍPIO E SUA DEFINIÇÃO

A concepção de propriedade não é a mesma desde sua origem. As injunções políticas, econômicas, sociais e religiosas, influenciam na definição de propriedade e conseqüentemente na definição de função social. Ambos os conceitos são flexíveis, sendo maleáveis ao longo do tempo de forma a andar em consonância com os anseios sociais.

Nos tempos atuais, segundo aduz Caio/Mário da Silva Pereira¹¹⁷, a propriedade suporta restrições legais referentes ao uso, gozo e fruição. Tais restrições segundo o Autor, buscam coibir abusos e impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação. É neste contexto que se define a importância do princípio da função social da propriedade, na medida em que atrela esta ao interesse social/coletivo e não apenas ao uso egoísta. Desta forma os benefícios decorrentes do uso da propriedade podem ser aproveitados por um maior número de pessoas.

Na definição de Caio Mário, função social seria as: “restrições impostas pelo legislador à utilização da coisa em benefício do bem comum, sem contudo, atingir a essência do direito subjetivo, nem subverter a ordem social e a ordem econômica”¹¹⁸. Deste modo, a propriedade individual não deve se sobrepor à propriedade social. Peca o Autor, entretanto, ao definir função social apenas como restrições à propriedade.

Segundo o entendimento de Almeida Araújo, a função social não deve ser caracterizada apenas como restrições impostas à propriedade, a função social é a própria propriedade, não tendo como separá-las, é o que defende o professor Lucas Hayne¹¹⁹ quando aduz que, não há propriedade sem função social. O referido princípio, dessa forma, transformou a própria estrutura de domínio, modificando-o. surge dessa forma, o que Duguit¹²⁰ intitulou de propriedade-função.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**; direitos reais. Volume IV. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁹ BARRETO, Lucas hayne Dantas. **Função social da propriedade**: análise histórica. Boletim Jurídico, Uberaba, Mg, ano 3, n. 142, s/p. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=776>>. Acesso em: 6 mai. 2012.

¹²⁰ DUGUIT *apud* BARRETO, Lucas hayne Dantas. **Função social da propriedade**: análise histórica. Boletim Jurídico, Uberaba, Mg, ano 3, n. 142, s/p. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=776>>. Acesso em: 6 mai. 2012.

Corroborando com tal entendimento, Frederico Fernandes Moesch¹²¹, entende que o princípio da função social mudou tanto a substância do direito, como o exercício deste direito. Na definição de Almeida Araújo função social deve ser entendida “não só como elemento a excluir as finalidades individuais do seu titular, mas, também, a suprir interesses não proprietários, legitimadores do domínio de acordo com o texto constitucional”¹²².

Na definição de Nilma de Castro Abe:

Consiste a função social da propriedade no dever de cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer às necessidades sociais preenchíveis pela espécie do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar esses interesses), de modo que o bem deve cumprir a exata funcionalidade que dele se espera em proveito da coletividade¹²³.

O princípio da função social impõe ao proprietário tanto condutas negativas, no sentido de não fazer algo, quanto condutas positivas, trazendo a obrigação de agir para o proveito social e a observância da utilidade pública. É o que se pode compreender dos ensinamentos de José Diniz de Moraes¹²⁴ quando divide em três formas distintas a função social, levando em consideração a incidência deste sobre o direito de propriedade: a) privação de determinadas faculdade, que limitam o exercício do direito de propriedade, b) obrigação de exercitar determinadas faculdades, conduta positiva, e c) complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas, requisitos que devem ser observados pelo proprietário no uso da sua propriedade.

Moesh ensina que tal princípio surgiu como uma reação ao abuso do Direito, tratando-se “de uma salutar reação do ordenamento contra o desperdício de potencialidade para satisfazer as necessidades humanas, materiais e pessoais”¹²⁵.

¹²¹ MOESCH, Frederico Fernandes. **O princípio da função social da propriedade e sua eficácia**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7645>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

¹²² ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 41.

¹²³ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 141. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

¹²⁴ MORAES apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse, um confronto em torno da função social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 222.

¹²⁵ MOESCH, Frederico Fernandes. **O princípio da função social da propriedade e sua eficácia**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7645>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

Observamos que o conceito de função social nos dias atuais vem se desenvolvendo, conforme dito anteriormente. A priori surgiu a teoria dos atos emulativos, onde o proprietário não poderia exercer o seu direito de propriedade apenas para o malefício do outro, sem que isso lhe trouxesse nenhum benefício direto e desencadeou para o que hoje entendemos como função social.

O princípio da função social transformou o direito subjetivo de propriedade, passando, o ordenamento jurídico pátrio, a estabelecer que os direitos provenientes da propriedade e conseqüentemente a própria propriedade não pode ser protegida sem a satisfação do interesse coletivo.

A função social não é uma mera recomendação do legislador, conforme aduz Abe¹²⁶, consiste em uma violação jurídica efetiva dos proprietários, seu descumprimento resulta em violação ao direito fundamental do acesso à propriedade.

Diante do exposto, pode-se concluir que função social é um novo modo de enxergar a propriedade, estando atrelado a uma ideia de sociedade mais próspera já que submete a propriedade à observância do interesse coletivo.

7 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL AOS BENS PÚBLICOS E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Ao longo do trabalho foi demonstrado que os fundamentos que embasam o direito da propriedade privada são diferentes daqueles que fundamentam a propriedade pública. Ressalta Abe, que:

O fundamento do direito de propriedade privada consiste em garantir aos particulares poderes sobre bens que assegurem sua vida, existência, conforto, mobilidade, garantindo a circulação de riquezas e o comércio jurídico. O fundamento do direito de propriedade pública é assegurar, aos Estados, bens que constituam os meios ou instrumentos de atuação estatal para cumprimento do interesse da coletividade, de modo que o regime especial a que se submetem os bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade) constitui mero instrumento normativo para atender aos interesses da coletividade.¹²⁷

¹²⁶ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 141. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

¹²⁷ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 137. Disponível em:

Diante desta situação se faz necessário a indagação com relação à necessária submissão da propriedade pública ao princípio da função social. O simples fato do bem ser público, atrelado ao interesse coletivo, por si só não afastaria a aplicabilidade do princípio da função social. Aquiescendo com o que aduz Zanella Di Pietro¹²⁸, falar em função social da propriedade pública não constitui pleonasma.

A maneira mais fácil, entretanto, de enxergar a possibilidade de aplicação do princípio da função social aos bens públicos é livrar-se da noção de propriedade privada. Metodologicamente, tenta-se entender um instituto através de comparações feitas com outros institutos entendidos como similares. Com relação à propriedade pública, entretanto, tal método não funciona. É necessário se ter em mente que os institutos da propriedade privada e pública são completamente diferentes. O poder público possui diversos tipos de bens, cada qual atrelado a um regime jurídico diferente, de acordo com o interesse a ser protegido. Conforme explicita Abe, ambos os institutos se diferenciam no que diz respeito a:

i) Pela inexistência de um regime jurídico unívoco de propriedade pública, equivalente ao da propriedade privada, tendo em vista a diversidade de categorias de bens públicos que ensejam a adoção de regimes jurídicos diversos, decorrentes da natureza do bem e do interesse jurídico a ser protegido; ii) pela impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso, o Estado, por que uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direto (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade, iii) pela distinção entre o titular do bem (ente público), o administrador do bem (agentes públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade); iv) pela impossibilidade de se retirar do campo do Direito Público a disciplina dos vínculos jurídicos existentes entre o Estado e as diversas categorias de seus bens; v) pela indisponibilidade dos interesses públicos postos na esfera de cada ente público (união, Estados, Distrito Federal e Municípios); vi) pela vigência plena, na atividade estatal, do caráter funcional desta, que abole qualquer impossibilidade de se falar em autonomia privada ou regime de direito privado, mormente quanto aos bens públicos.¹²⁹

<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/mai/jun, 2006, s/p. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹²⁹ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 139. Disponível em:<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

Em razão dessa particularidade é que, tentar aproximar o conceito de propriedade privada à propriedade pública, dificultaria o entendimento de certos institutos já que se parte de premissas diferentes.

A atual Constituição Federal prevê expressamente, conforme analisado em tópico anterior, a submissão da propriedade privada ao princípio da função social. Conforme aduz Zanella Di Pietro¹³⁰, a Constituição prevê, também, ainda que implicitamente, a função social da propriedade pública, no artigo 182 que elenca como objetivo da política de desenvolvimento urbano “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Disciplinando o assunto, a lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da cidade prevê em seu artigo 2º:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

Percebe-se neste caso que a observância do princípio da função social dos bens públicos resulta num dever por parte do Estado, e conforme elenca Zanella Di Pietro, “cria para cidadãos direito de natureza coletiva”¹³¹. A previsão constitucional de tal princípio mesmo que implicitamente, possibilita a utilização de meios para efetivá-lo, coagindo o poder público a observá-lo, do contrário seria negar a forma cogente dos princípios e a função social seria uma mera declaração de intenções.

Na visão de Abe, não é possível a aplicação do princípio da função social aos bens públicos. A autora fundamenta sua teoria alegando que não há meios de efetivação do princípio na esfera pública, já que os meios de efetivação do princípio na esfera privada como o parcelamento ou edificação compulsória, IPTU progressivo no tempo e desapropriação não são passíveis de aplicação no âmbito público. Segundo a autora:

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/mai/jun, 2006, s/p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹³¹ Ibidem.

Observa-se que, enquanto dever fundamental, a função social da propriedade, previsto no art. 5º XXIII, da Constituição Federal, deve ser atendida por todos os particulares e, não pelo Estado, pois as sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social da propriedade urbana são imputáveis apenas aos particulares, sendo inadequadas para punir os entes públicos (União, Estado, DF, Municípios) pelo descumprimento deste dever.¹³²

De acordo com a autora, o parcelamento e edificação de imóveis públicos não seriam possíveis, pois afetaria a autonomia dos entes federativos. Gasparini segue a mesma linha de raciocínio. Segundo o autor:

Os entes públicos não seriam destinatários dessas imposições, mesmo que seus imóveis estejam em áreas incluída no plano direito e haja lei municipal disciplinando o seu parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, porque seria uma intervenção de um ente federativo em outro, e cada ente tem competência para usar, gozar e dispor de seus bens públicos urbanos segundo o interesse público que lhe compete perseguir.¹³³

No tocante a desapropriação o mesmo fundamento é aplicado. A permissão da desapropriação-sanção por descumprimento da função social de imóvel público, não tem guarida constitucional, acarretando segundo a autora, desrespeito a autonomia dos entes federativos e violação do princípio da eficiência uma vez que, cabe a administração do ente público fiscalizar o cumprimento dos fins sociais de seus bens.

No que diz respeito à aplicação do IPTU progressivo, também não seria permitido por força, segundo a autora, do art. 150, VI a, da Constituição Federal que estabelece a imunidade recíproca, não permitindo a cobrança de imposto sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

Abe disserta ainda, sobre a aplicação do princípio da função social aos imóveis rurais, alegando, também, a impossibilidade de aplicação quando tais imóveis forem públicos. Para a autora, essa impossibilidade pode ser vista pela análise das

¹³² ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 144. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

¹³³ GASPARINI *apud* ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 144. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

leis referentes ao assunto, pois que, elas tratam sempre da propriedade privada, não fazendo referências a propriedade pública. Ademais, neste caso, as sanções disciplinadas para o cumprimento também não podem ser impostas à administração.

Discordando da autora, Zanella Di Pietro aduz que a Constituição no tocante a este ponto é expressa. O art. 188 da Constituição Federal define que “a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária”¹³⁴. Estabelece, ainda, o §1º que não haverá necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional para a concessão de terras públicas de até 2500ha, para fins de reforma agrária. Ainda segundo Pietro, como é da União o poder de aplicar a desapropriação para fins de reforma agrária, nada a impediria de desapropriar bens municipais e estaduais para o mesmo fim.

Abe conclui seu pensamento alegando que:

A caracterização da função social como um dever jurídico a ser entendido pelo ente público, esbarraria na imposição de uma responsabilização ao ente público, lembrando que a responsabilização da união, Estados, Distrito Federal e Municípios (titulares do direito sobre o imóvel público) não alcança efetivamente o agente público, que, via de regra, foi quem deixou de cumprir diversos deveres em relação à gestão do patrimônio imobiliário público.¹³⁵

Aduz ainda que, “afastada a “função social” do regime de bens públicos, não significa que o Poder Público não tenha deveres jurídicos em relação ao seu patrimônio público, no que pertine ao atendimento dos interesses coletivos normativamente postos”¹³⁶.

Abe diz que o cumprimento do interesse coletivo por parte da administração resulta do próprio regime jurídico de seus bens e não do cumprimento da função social que, segundo sua visão, apenas pode ser aplicada aos bens privados.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/mai/jun, 2006, s/p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹³⁵ ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 148. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

¹³⁶ Ibidem, p.149.

Defendendo, também, a impossibilidade de aplicação do princípio da função social aos bens públicos, Angel M. Lopez Y Lopez¹³⁷, alega que tal princípio foi criado como modelo de adequar o uso privado dos bens aos anseios sociais, satisfazendo desta forma as necessidades humanas, sendo possível apenas a aplicação aos bens privados e não públicos.

Corroborando com o entendimento de Abe, o citado autor embasa sua teoria legando que as sanções criadas para punir o descumprimento do princípio não são passíveis de aplicação aos bens públicos, entretanto, ao contrário de Abe, Lopez aceita a submissão dos bens públicos classificados como dominicais ao princípio da função social, pois, o regime jurídico desses bens se aproxima do regime jurídico aplicado aos bens privados.

Em sentido contrário, adotando a tese da possibilidade de aplicação do princípio da função social aos bens públicos, Zanella Di Pietro ressalta a importância do tema devido às controvérsias existentes proveniente da utilização dos bens públicos por particulares. Ressalta a autora, como foi dito linhas acima, que a própria Constituição prevê implicitamente o referido princípio de forma a permitir a submissão dos bens públicos a ele. Ademais, para alimentar ainda mais a controvérsia, o Estatuto da Cidade (lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001) trouxe a expressão “função social da cidade”.

A autora divide o princípio quanto à aplicabilidade aos bens de uso comum e de uso especial e aos bens dominicais.

Quanto aos bens de uso comum e de uso especial, aduz a autora que, em que pese tais bens já possuírem uma destinação voltada para o interesse social, tal fim não impossibilita o uso da função social no sentido de maximizar a utilização do bem. Ressalta a autora que:

Não obstante essas duas modalidades de bens tenham uma destinação pública específica (porque ou servem ao uso coletivo ou se destinam ao uso da Administração para consecução de seus fins), essa afetação não impede que se amplie a sua função, seja para outros usos da própria Administração, seja para assegurar aos administradores a possibilidade de utilização privativa, desde que seja compatível e não prejudique o fim principal a que o bem se destina.¹³⁸

¹³⁷ LOPEZ apud ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 121.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/mai/jun, 2006, s/p. Disponível

Exemplifica a autora, alegando que:

Ruas, praias, praças, estradas, estão afetadas ao uso comum do povo, o que significa o reconhecimento, em cada pessoa, da liberdade de circular ou de estacionar, segundo regras dadas pelo poder de polícia do Estado; porém, se a ampliação dessa liberdade em relação a algumas pessoas, mediante outorga de maiores poderes sobre os mesmos bens, trazer também alguma utilidade para a população, sem prejudicar o seu direito de uso comum, não há por que negar-se à administração que detém a gestão do domínio público o poder de consentir nessa utilização, fixando as condições em que a mesma se exercerá.¹³⁹

Desta forma, Zanella Di Pietro, propõe a aplicação do princípio da função social, sem contudo, desvincular-se do fim precípuo do bem público. Não poderia ser diferente. Desvincular-se do fim precípuo do bem público resultaria no desrespeito aos mais comezinhos princípios da administração pública

Quanto aos bens dominicais, a autora defende, também, a submissão destes à função social:

Com relação aos bens dominicais, a função social impões para o poder público o dever de garantir a sua utilização por forma que atenda à exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano direito, dentro dos objetivos que a constituição estabelece para a política de desenvolvimento urbano.¹⁴⁰

Tais bens não exerciam apenas a função patrimonial, mas deveriam, também, atender à função social;

No entendimento de Zanella Di Pietro, o Poder Público poderia tanto restringir, quanto maximizar a utilização dos bens públicos. Restringindo o uso destes, estaria valendo-se do Poder de Polícia, quando amplia está atendendo aos princípios da função social

No mesmo sentido, Thales José Pitombeira Eduardo e Estevão José Damazo, alegam a possibilidade de aplicação da função social aos bens públicos. Pitombeira aduz que:

em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

O que existe entre a propriedade particular e a pública é uma diferenciação quanto ao tratamento da função social da propriedade, posto que, na primeira, há visivelmente confronto quanto ao interesse individual do titular do domínio e o interesse público. Já na segunda, não se vislumbra referido conflito com tamanha dimensão, uma vez que os bens públicos, pela sua própria natureza, atendem primordialmente ao interesse coletivo, na medida em que lhes atribuir função social não se mostra de certa estranheza.¹⁴¹

No entendimento do autor, embora os princípios embaixadores da propriedade privada sejam diferentes da propriedade pública, esta última, também, deve submeter-se ao princípio da função social “em atendimento a outra norma abstrata que se refere à dignidade da pessoa humana”.¹⁴²

Segundo Damazo, o princípio da função social resultaria num dever de agir por parte da administração, no sentido de potencializar o uso de seus bens:

O aludido princípio impõe à Administração a gerencia de seus bens de modo a propiciar a maior quantidade de utilidades possíveis, seja para uso de si mesma ou dos administrados. Assim, o interesse público só é realmente alcançável caso se potencialize a gestão do bem.¹⁴³

O mesmo posicionamento é adotado por Silvio Luis Ferreira da Rocha. Na visão do autor, a função social é instrumento para a realização dos fins ao qual a administração está atrelada. Aduz o autor que:

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

¹⁴¹ EDUARDO, Thales José Pitombeira. **O domínio público como integrante da política urbana: uma análise do princípio da função social da propriedade.** Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, CE, ju. 2010, s/p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3176.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ DAMAZO, Estevão José. **Gestão de bens públicos e a função social da propriedade**, s/d, s/p. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/BF/86/31/F6/88709310A3858E83180808FF/602012.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 16.

sociais, pois, como visto, marcado pelo fim de permitir à coletividade o gozo de certas utilidades.¹⁴⁴

Na visão do autor, a função social mudaria de acordo com o regime de bem adotado pela Administração. Segundo Ferreira da Rocha:

O princípio da função social da propriedade incide sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reintegratória do Poder Público, em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana; incide também sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reivindicatória do Poder Público com fundamento no art. 1228 §4º, do Código Civil.

O princípio da função social incide, também, sobre os bens de uso especial mediante submissão dos referidos bens aos preceitos que disciplinam a função social dos bens urbanos, especialmente ao atendimento da função social das cidades.

O princípio da função social incide, outrossim, sobre os bens dominicais conformando-os à função social das cidades e do campo e viabilizando a aquisição da propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva.¹⁴⁵

Conforme visto, não há como negar que o princípio da função social desenvolvido por Leon Duguit foi criado como forma de adequar os ditames da propriedade privada aos anseios sócias que vinham surgindo. A ideia da propriedade como direito subjetivo e algo absoluto não mais cabiam diante das necessidade presente, entretanto, o conceito de função social, assim como o conceito de propriedade, não é algo estático, ambos sofrem ingerência do tempo. Fatores políticos, econômicos e sociais, influenciam na mudança dos contornos de tais conceitos. Diante da conjectura atual, faz-se necessário a adaptação de alguns conceitos e princípios.

A proposta de uma nova ideia de aplicabilidade para o princípio da função social é plenamente viável e essencial nos tempos atuais, conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto:

Quanto mais vão se tornando escassos os recursos de que dispomos (recursos submetidos a um regime jurídico público ou privado, pouco

¹⁴⁴ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 159-160.

importa), mais necessários se faz refletir sobre as regras e os limites postos para o poder público gerir os bens que lhe são atribuídos.¹⁴⁶

Corroborando como entendimento de Marques Neto, o regime jurídico aplicado aos bens públicos necessita ser reformulado para adequar-se as necessidade atuais, dando lugar ao que o autor chama de regime jurídico das utilidade públicas.

No entendimento do autor, “mais importante, porém do que a separação dos bens e dos regimes jurídicos pela natureza dos seus proprietários, deve ser a análise do regime a que se submete a função aplicada a estes bens, as utilidades a que estão consagrados”¹⁴⁷, desta forma, um bem público, não estaria cumprindo necessariamente com sua função social somente pelo fato de ser público. Seria plenamente viável adequá-los aos ditames do princípio da função social em prol da coletividade.

A aplicabilidade do princípio da função social aos bens públicos é em alguns pontos diversa da forma de aplicação à propriedade privada, principalmente no que tange a efetivação. Em relação aos bens públicos, deve-se sempre compatibilizar a aplicação da função social a outros princípios norteadores da Administração Pública, visando desta forma, potencializar o atendimento ao interesse público, melhorando a gestão dos bens, não devendo, entretanto, desvincular-se da finalidade precípua do bem.

Como forma de exemplificar o que até então foi argumentado, Sílvio Luís Ferreira da Rocha traz um exemplo de efeito da incidência do princípio da função social nos bens públicos que não decorram da própria finalidade do bem:

Por exemplo, aos casos de ocupação irregular, por famílias pobres, de áreas localizadas em lotes cujo destino é o de servir de espaços livres de uso público, como praças, e que com o registro do loteamento passam a integrar o domínio municipal. Nesta situação, qual solução atende melhor ao princípio da função social? A manutenção da área como praça e o desalojamento dos moradores? Ou a permanência dos moradores na área considerada de uso comum, regularizando-lhes a situação?¹⁴⁸

¹⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 24.

¹⁴⁸ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130-131.

Segundo o que estabelece a Medida Provisória n. 2.220, de 4.12.2001 é facultado ao Poder Público transferir o exercício do direito de moradia para outro imóvel, se o imóvel originalmente utilizado para fins de moradia for imóvel de uso comum do povo. Constitui, desta forma, uma competência discricionária da administração. Conforme aduz o autor, “a critério da Administração, segundo o juízo de conveniência e oportunidade, o conflito de interesses instaurado entre o uso comum e o uso privativo de bem comum pode resolver-se em favor do uso privativo”.¹⁴⁹

Na definição de Ferreira da Rocha, o princípio da função social justifica a permanência dos ocupantes em áreas pública, mesmo que eles não tenham o direito real de moradia. Neste caso, Ferreira da Rocha alega haver:

A suspensão ou rejeição da pretensão reivindicatória do Poder Público relativa a bem de uso comum em consideração a outros interesses juridicamente relevantes envolvidos e relacionados com o exercício do direito de propriedade de acordo com o princípio da função social.¹⁵⁰

Outro exemplo que se pode citar é a decisão de Agravo de Instrumento 335.347-5/00, em que o Tribunal nega a pretensão da Prefeitura Municipal de São Paulo em reaver um determinado imóvel, levando em consideração a condição dos ocupantes. O referido imóvel foi ocupado por vinte crianças com síndrome de Down que haviam sido abandonadas pelos pais e que eram criadas por um senhor de 72 anos de idade. A decisão estabeleceu que, “o estado não é – e não pode ser um fim em si mesmo. Também não se admite que esse mesmo Estado coloque a propriedade de bens públicos com valor que supere a vida humana e o bem-estar das pessoas que lhe outorgaram a prerrogativa de as proteger”¹⁵¹.

Percebe-se, desta forma, que o exercício do direito de propriedade pública foi condicionado a um fim social maior. Segundo aduz Ferreira da Rocha, “esta decisão representa a subordinação do direito de propriedade do Estado, ao

¹⁴⁹ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130-131.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 132.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Matéria Cível. 3ª. Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento 335.347-5/00-SP. Relator Desembargador Rui Stoco, São Paulo, SP, 21 de outubro de 2003.

atendimento de princípios maiores em nosso ordenamento como a dignidade da pessoa humana e por consequência, o princípio da função social”¹⁵².

Considerar como absolutas as características estabelecidas aos bens públicos sem a possibilidade de flexibilização poderia ferir preceitos constitucionais embaixadores do nosso ordenamento jurídico, mais importantes, diante da análise do caso concreto, do que o direito de propriedade. Não haveria que se falar, por exemplo, de imprescritibilidade dos bens públicos, devendo, através de uma análise minuciosa, sopesar os interesses envolvidos no caso. Ao realizar o sopesamento do direito, deve-se optar pelo princípio ou norma, que mais se adequa ao interesse social. A mudança deve começar na jurisprudência, entendendo que o bem público não possui função social apenas por ser público, o que obrigaria a Administração a efetuar uma política maximizando a utilização desses bens.

É importante libertar-se da ideia capitalista de propriedade privada protegida como algo absoluto e ilimitado. Além do mais, há a necessária visualização do direito como um todo, tendo em vista o viés da funcionalização.

Em consonância com o entendimento de Elder Luis dos Santos Coutinho¹⁵³, a inobservância pelo Poder Público do princípio da função social e o não sopesamento deste no caso concreto, alegando que os bens públicos já atendem presumidamente ao interesse público, contraria a ideia de Estado Democrático de Direito, onde o Estado deve submeter-se a suas próprias normas.

Em que pese não haver hierarquia entre as normas Constitucionais, deve haver, entretanto, conforme ressalta o autor, uma ponderação entre o Direito Constitucional de propriedade e a regra – princípio da função social. Na definição do autor, deve-se levar em conta “a lógica de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição da República e dos princípios relacionados à posse e propriedade”. O autor defende a compatibilização da norma constitucional que elenca a impossibilidade de usucapir os bens públicos, com a norma que impõe a observação da propriedade ao princípio da função social.

A questão seria compatibilizar a regra constitucional do art. 183, §3º da CR com o art. 5º, XXIII da mesma lei. É mister ressaltar que na

¹⁵² ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132.

¹⁵³ COUTINHO, Élder Luís dos Santos. **Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos**. VI CONVIBRA – Congresso Virtual brasileiro de Administração, 2009, p.4. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/2009/artigos/91_0.pdf>. Acesso em: 31 de ago. 2016.

condição de princípio constitucional, tido como consectário do princípio considerado basilar da atual lei maior, qual seja, da dignidade da pessoa humana, e diante da sua íntima vinculação com o direito fundamental de acesso à moradia, é possível defender a ideia de que entre a norma-princípio da função social e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, existe hierarquia axiológica, devendo *prima facie*, prevalecer a primeira.¹⁵⁴

Finda a explicação quanto ao modo de aplicação do princípio da função social aos bens públicos, é mister analisar as formas de efetivação deste princípio.

Aceitar a aplicação da função social aos bens públicos permite, conforme aduz Zanella Di Pietro¹⁵⁵, sancionar a inércia do Poder Público. No tocante aos mecanismos de efetivação, como se trata de direito coletivo, sua proteção se dá pelos mesmos mecanismos de proteção desses direitos, como por exemplo, a ação civil pública.

Ademais, segundo defende Pitombeira e Ferreira da Rocha, há a possibilidade de desapropriação do bem público. Conforme aduz Pitombeira:

Os entes federativos exercem uma cooperação com o objetivo de velar pelo interesses sociais, podendo, segundo as lições de Hely Lopes Meirelles (1992), observado a hierarquia federativa e autorização legislativa para o ato expropriatório, haver desapropriação, por entidades estatais superiores, de bens públicos que não cumprem a função social da propriedade e verificada a governabilidade tendenciosa a interesses individuais, já que a concepção contemporânea do Estado Social não pode desassociar-se do seu objetivo maior, qual seja, a utilidade pública.¹⁵⁶

Ferreira da Rocha prevê, também, a possibilidade de aplicação do art. 1228, §4º do Código Civil aos bens públicos. O referido artigo estabelece que o proprietário possa ser privado da coisa se esta constituir em uma extensa área, desde

¹⁵⁴ COUTINHO, Élder Luís dos Santos. **Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos**. VI CONVIBRA – Congresso Virtual brasileiro de Administração, 2009, p.9. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/2009/artigos/91_0.pdf>. Acesso em: 31 de ago. 2016.

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/mai/jun, 2006, s/p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹⁵⁶ EDUARDO, Thales José Pitombeira. **O domínio público como integrante da política urbana: uma análise do princípio da função social da propriedade**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, CE, ju. 2010, s/p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3176.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

que respeitados os requisitos. Tal hipótese é chamada pelo autor de desapropriação judicial.

Como consequência jurídica da aplicabilidade do princípio da função social aos bens públicos, tem-se a flexibilização das características como a impenhorabilidade e a imprescritibilidade. Como dito, quando se estiver diante de um caso concreto, deve-se analisar o princípio juridicamente mais relevante e aplica-lo. Sem descuidar do interesse coletivo. É o que preconiza Damazo:

Percebe-se que não há um conteúdo prefixado do princípio da função social da propriedade pública. Assim, diante do caso concreto, certo bem pode priorizar uma ou outra destinação, seja, exemplificativamente, para o direito à moradia, ou a proteção ambiental. À primeira vista, poder-se-ia dizer que este último deveria sempre prevalecer. Contudo, no caso concreto, tal fim pode ser mitigado, desde que o interesse público justifique.¹⁵⁷

Diante de todo o exposto, percebe-se que o princípio da função social não é incompatível com a propriedade pública. Não há, entretanto, uma forma exata de aplicação, dependendo da casuística, devendo ser utilizado como forma a garantir uma maior justiça social.

conforme explica Carlos Nelson Konder:

Exatamente neste ponto reside o questionamento hora feito, na medida em que entende-se que, atualmente, deve-se privilegiar o aspecto funcional dos institutos jurídicos, concretizando o que a metodologia do direito civil constitucional aponta como uma de suas premissas fundamentais, que é a funcionalização.¹⁵⁸

Desatrelar a propriedade pública da função social, não é mais aceitável diante das necessidade existentes, devendo a aplicação desse princípio influir, inclusive, no uso desses bens por particulares.

¹⁵⁷ DAMAZO, Estevão José. **Gestão de bens públicos e a função social da propriedade**, s/d, s/p. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/BF/86/31/F6/88709310A3858E83180808FF/602012.pdf>>. Acesso em: 13 set. 16.

¹⁵⁸ KONDER, Carlos Nelson apud FIUZA, César Augusto de Castro; DIAS Clara Angélica Gonçalves; COSTA Ilton Garcia. **Direito Civil - Constitucional**. XXIV Encontro nacional do CONPEDI - UFS, Florianópolis, SC, 2015, p.188. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/UMgMQBF39N3AY115.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

8 CONCLUSÃO

Pelo exposto conclui-se que, ao longo dos anos o conceito propriedade veio ganhando contornos diferentes de modo a adequar-se às necessidades de cada época. Tal conceito ainda não está livre de modificações já que sofre influências de diversos fatores sociais, políticos e econômicos. O mesmo aconteceu com o princípio da função social, instituto este criado, sem dúvidas, para limitar o uso e gozo da propriedade privada e que diante da sua importância vislumbra-se a aplicação também aos bens públicos. Não permitir a aplicação deste princípio aos bens públicos, alegando que ele não foi criado para tal, é engessar por demais o instituto, não permitindo que se desenvolva naturalmente diante das necessidades vigentes.

Conforme visto, em que pese a propriedade pública já ter estrita relação com o interesse da coletividade, isto não exclui a aplicabilidade do princípio. Adequar esta propriedade aos ditames do princípio da função social, permite sancionar o Poder Público pela sua inércia, ampliando a utilização destes bens, abarcando um maior número de pessoas e potencializando, desta forma, a gestão da propriedade, tendo em vista o desenvolvimento social.

Apesar do princípio da função social aplicado aos bens públicos não possuir contornos precisos com relação à sua aplicabilidade, seu uso se dá através da análise do caso concreto, priorizando o direito que em determinado caso mostre-se mais coerente, não devendo, entretanto, desvincular-se do interesse coletivo.

Outro ponto de fortes argumentações na doutrina foi a respeito da efetivação do princípio, já que segundo a corrente que defende a sua inaplicabilidade aos bens públicos, os modos de efetivação relacionados à propriedade privada não eram compatíveis com a propriedade pública. Foi constatado, entretanto que, como o direito à cidade sustentável é um direito coletivo, a inércia do poder público quanto à efetivação do princípio, poderia ser atacada através de ação civil pública. Ademais, demonstrou-se a viabilidade da desapropriação de um imóvel público que não atenda a função social por entes superiores.

Não há melhor maneira de finalizar este trabalho, que não seja com a colocação o professor Lucas Hayne quando aduz que não há propriedade, seja ela pública ou privada, sem que se atenda ao princípio da função social.

Com isto conclui-se que, nos dias atuais, diante de tantas injustiças sociais, descartar a possibilidade de adequação da propriedade pública ao princípio

da função social é deixar ao alvedrio do administrador uma fonte importante de riquezas e um material importante para o desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 11, jan/jul 2008, p. 141. Disponível em :<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-135-Nilma_de_Castro_Abe.pdf>. Acesso em: 21 ago.2016.

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

ARAÚJO, Cloves dos Santos. Os fundamentos político-filosóficos da propriedade moderna, suas rupturas e a função social. 2009. Monografia. (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARRETO, Lucas Hayne Santos. Função social da propriedade: análise histórica. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, ano 3, n. 142, s/p. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=776>>. Acesso em: 06 mai. 2012.

BERWIG, Aldemir. Bens públicos e bens estatais: algumas reflexões. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6130> Acesso em: 13 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Matéria Cível. 3ª. Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento 335.347-5/00-SP. Relator Desembargador Rui Stoco, São Paulo, SP, 21 de outubro de 2003.

CALLAGE, Carlos. Função Social da Propriedade. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/ztese16.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1244.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. Direito Civil Teoria Geral. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Élder Luís dos Santos. Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos. VI CONVIBRA – Congresso Virtual brasileiro de Administração, 2009, s/p. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/2009/artigos/91_0.pdf>. Acesso em: 12 de mai. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito administrativo. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DAMAZO, Estevão José. Gestão de bens públicos e a função social da propriedade, s/d, s/p. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/BF/86/31/F6/88709310A3858E83180808FF/602012.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 16.

DEBONI, Giuliano. Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental. Sistemas jurídicos italiano e brasileiro. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 1º volume: teoria geral do direito civil. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr/mai/jun, 2006, s/p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

DONIZETTI, Elpidio Nunes. **Usucapibilidade dos bens dominicais no Brasil: Análise comparada do Direito brasileiro e do Direito Argentino.** 2015. Monografia. (Doutorado em Direito) – Universidade del Museo Social Argentino, Buenos Aires.

EDUARDO, Thales José Pitombeira. O domínio público como integrante da política urbana: uma análise do princípio da função social da propriedade. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, CE, ju. 2010, s/p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3176.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIUZA, César Augusto de Castro; DIAS Clara Angélica Gonçalves; COSTA Ilton Garcia. Direito Civil - Constitucional. XXIV Encontro nacional do CONPEDI - UFS, Florianópolis, SC, 2015, p.188. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/UMgMQBF39N3AY115.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso completo. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

GASPARINI, Diogenes, Direito administrativo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado, 1º volume. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

JOÃO XXIII. Carta Encíclica Mater Et Magistra. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

JUAN PABLO II. Encíclica Centesimus Annus. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

LEÃO XIII. Carta Encíclica Rerum Novarum. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos função social e exploração econômica**; o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZA, Alexandre. Administrativo – Bens públicos. Blog Vou Passar Também, 01 fev. 2012, s/p. Disponível em: <<http://www.voupassartambem.com/2012/02/administrativo-bens-publicos.html>>. Acesso em: 06 mai. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 428.

MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7645>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil; direitos reais. Volume IV. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.