



Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Imobiliário

MARCONY FRANCISCO PEREIRA MACIEL

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS E A ALIENABILIDADE
COMPULSÓRIA PREVISTA NA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001**

Brasília – DF

Fevereiro de 2016



MARCONY FRANCISCO PEREIRA MACIEL

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS E A ALIENABILIDADE
COMPULSÓRIA PREVISTA NA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001**

**Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro
de Direito Público (IDP) como requisito parcial
para obtenção do grau de Especialização em
Direito Imobiliário.**

Orientador: Prof. Hector Vieira

Brasília – DF

Fevereiro/2016

MARCONY FRANCISCO PEREIRA MACIEL

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS E A ALIENABILIDADE
COMPULSÓRIA PREVISTA NA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001**

**Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense
de Direito Público (IDP) como requisito parcial
para obtenção do grau de Especialização em
Direito Imobiliário.**

Orientador: Prof. Hector Vieira

**Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção__ (_____).**

Banca Examinadora:

_____/_____/____

Professor Presidente

_____/_____/____

Professor Integrante

_____/_____/____

Professor Integrante

RESUMO

Alçado a preceito constitucional pela Carta de 1988, a função social da propriedade, originada do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não é de todo inédito no direito brasileiro, uma vez que inserida no ordenamento jurídico pátrio a partir do Código Civil de 1916 e também mencionada, mesmo que timidamente e sob outro rótulo, pelas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969, constitui-se em verdadeiro limitador ao conceito absolutista de propriedade.

É bem verdade que o Princípio da Função Social da Propriedade tem graus de eficácia diferenciados quando da incidência sobre uma relação jurídica de propriedade privada e sobre a relação de propriedade pública, não significando, contudo, que a relação jurídica de propriedade pública não sofra sua influência também. Assim, em se tratando de bens públicos, de uma forma geral, deve atuar sempre nas situações em que fique demonstrada uma esfera de proteção de interesses social e juridicamente relevantes.

Entendendo, destarte, que o princípio sob comento, estampado no inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal, também incide sobre a propriedade pública, podemos concluir que, caso o senhor-possuidor dessas propriedades, a Administração, não venha cumprir esse dever, sujeitar-se-á às consequências jurídicas aplicáveis ao mau proprietário.

Sendo certo que não incorrerá nas mesmas “sanções” estabelecidas ao particular, mas submeter-se-á a outras, como por exemplo, alienabilidade compulsória do bem público em favor do particular que, ao preencher todos os requisitos estatuídos na MP 2.220/2001, faz jus à concessão de uso especial de propriedade pública para fins de moradia, assemelhando-se, inclusive, aos casos do passado, v.g., em que se admitia a usucapibilidade dos bens dominicais. Pelo que, configura, outrossim, essa nova modalidade de concessão, um eficaz meio para o atingimento dos pensamentos diretivos estampados no preceptivo constitucional.

Palavras-chave: Propriedade. Função Social. Sanções. Bens Públicos. Concessão de Uso Especial.

ABSTRACT

Elevated to constitutional rule by the Charter of 1988, the social function of property, originated from the Principle of Human Dignity, it is not unheard of throughout in Brazilian law, once inserted into the Brazilian legal order from the Civil Code of 1916 and also mentioned, even though timidly and under another label, the Constitutions of 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 and 1969 constitutes a real limiting the absolutist concept of ownership.

It is true that the principle of the social function of property have different degrees of effectiveness when the impact on a legal relationship of private property and on public property relationship, it does not mean, however, that the legal relationship of public property does not suffer its influence also. Thus, in the case of public goods, in general, you should always act in situations where it is shown a protective sphere of social interests and legally relevant.

Understanding, Thus, the principle under comment, stamped on the item XXIII of art. 5 of the Federal Constitution, also focuses on public property, we can conclude that if the master-owner of these properties, the Administration will not fulfill this duty, will be subject to the legal consequences applicable to bad owner.

It being understood that not incur the same "sanctions" set to private, but will submit to others, such as compulsory alienability the public good in favor of the individual who, while filling all the statutory requirements in the MP 2220/2001 lives up to the granting of special use of public property for housing purposes, resembling even to cases from the past, eg, in which it admitted the usucapibilidade Sunday of goods. Therefore, configure, moreover, this new type of concession, an effective means for the achievement of patterned governing thoughts in the constitutional mandatory.

Keywords: Property. Social function. Sanctions. Public Goods. Special Use Concession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	9
1. CONCEITO	9
2. ESCORÇO HISTÓRICO.....	10
3. FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.....	13
3.1. <i>DESTINATÁRIOS DAS NORMAS RELATIVAS À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</i>	14
3.2. <i>CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO OBEDIÊNCIA AO PRECEPTIVO DO ART. 5º INCISO XXIII DA CF.</i>	18
3.2.1 Parcelamento ou Edificação Compulsórios	19
3.2.2 O IPTU Progressivo no Tempo.....	20
3.2.3 Desapropriação	21
3.2.4 Usucapião.....	24
3.2.5 Legitimação da Posse Urbana.....	24
3.2.6 Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia.....	25
CAPÍTULO II – BENS PÚBLICOS	26
1. CONCEITO	26
2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO.....	27
3. REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS	29
3.1 INALIENABILIDADE OU ALIENABILIDADE CONDICIONADA.....	29
CAPÍTULO III – ALIENABILIDADE COMPULSÓRIA DO BEM PÚBLICO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	32
1. A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA NA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001.....	33
1.1. <i>FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE USO ESPECIAL</i>	38
1.2. <i>FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE USO COMUM</i>	41

1.3. FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DOMINICAIS.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, no direito brasileiro uma fase em que o Estado de Direito não se apresenta mais como somente de “bem estar social”, mas omisso e até muitas vezes patrono de atos e medidas que afrontam o estado de direitos, na medida em que deixa de promover o debate jurídico necessário com a sociedade para se encontrar a solução para o grave problema do histórico déficit habitacional, o que fomenta a proliferação de ações antidemocráticas na tentativa de fazer valer de forma distorcida os legítimos anseios contidos na Carta Constitucional. É bem verdade que é urgente que se garanta a efetividades dos primados de justiça social fincados na Lei Maior, de onde se tira que tal acomodação no Texto Maior constitui-se em elemento validante da Ordem Democrática, sob pena de desvirtuação do próprio estado de direitos.

Nesse diapasão preleciona Canotilho que “a validade de uma Constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico.”

Dessa sorte, uníssono que, sem dúvida, o maior reclamo de uma comunidade é o estabelecimento e defesa, inarredável, da justiça. Não uma justiça subjetivista, individual, mas uma justiça maior, social, constitucional, onde se contemple no seu bojo a gênese dos conceitos de equidade, igualdade e, acima de tudo, fundamente-se na dignidade da pessoa humana. Desse modo, objetiva-se que o efeito da tão almejada justiça é a paz social e a sua operação repousa na segurança jurídica, daí sobrelevar a justiça constitucional ao patamar de maior aspiração de um povo.

Faz-se aludidas considerações iniciais para, oportunamente, indagar se há justiça constitucional ao entabular que a Carta Cidadã faz distinção entre direito de propriedade pública e direito de propriedade privada quanto a subordinação desses ao preceito maior da *função social*. A resposta a esse questionamento torna-se premente, uma vez que necessária para um arremate de pacificação quanto ao conceito de justiça constitucional, de modo a auxiliar na correta inteligência da função social da propriedade.

Ponderando-se os princípios da administração pública, constitucionalmente enlevados, bem como, honrosas posições doutrinárias em contrário, verificar-se-á, com arrimo em autorizada doutrina, que, quando o Estado-administração avoca para si a responsabilidade pelas discrepâncias sociais, no que toca, especificamente, ao direito

constitucional à moradia, criando incentivos e talhando normas destinadas à correção dessas mazelas, lançando mão, muitas vezes, do seu patrimônio imobiliário em favor dos jurisdicionados, está encarando a convocação do legislador constituinte que lhe é feita por intermédio do preceptivo da função social.

Em outro viés, afigura-se presente, ante a usucapião das coisas imóveis privadas, decantado princípio. Frisem-se coisas imóveis privadas, uma vez que o ordenamento pátrio veda, expressamente, a possibilidade do bem público ser usucapido.

Contudo, a história recente registrou árdua celeuma em torno do assunto quando não havia disposição constitucional explícita quanto às terras devolutas, e, em razão dos graves desmazelos fundiários suportados pela população mais carente.

Veja que proibindo, de forma taxativa, a prescrição aquisitiva de bem público em favor do jurisdicionado, viu, a Administração o seu déficit habitacional aumentar vertiginosamente, daí a necessidade de se buscar uma via alternativa para o imbróglio jurídico-sociológico de que é a principal autor, surgindo, então, entre outros instrumentos, a figura da **concessão de uso especial para fins de moradia**, motivada pelo sentimento de responsabilidade social que recai sobre os ombros do Estado, fins de se buscar a tutela do bem coletivo, em estrito atendimento à justiça constitucional.

Surge, assim, uma série de normas com escopo de permitir o maior alcance de famílias de baixa renda pelos diversos programas de concessão, como é o caso da Medida Provisória 2.220/2001 que cria o direito público potestativo do particular habitar imóvel público e estabelece a alienabilidade compulsória em razão da função social do bem público.

Muito embora a premência de intervenção estatal na correção desses desajustes sociais, necessária ainda mais é a observância do regramento vigente. Assim, eventuais benesses da Administração quanto à doação de terrenos públicos a família de baixa renda para construção de moradias, sob o pálio do bem coletivo ou mesmo a resignação quanto ao mandamento da Função Social da Propriedade e submissão aos seus efeitos, esbarraria, aparentemente, em princípios como a *inalienabilidade do patrimônio público*, ou mesmo a supremacia do interesse público. Devendo-se encontrar a solução para possível incidente de conflito normativo na teoria do sopesamento dos princípios e normas.

Vencido o debate sobre a divergência entre princípios, a legislação brasileira, no intuito de reparar e conter os problemas sociais, institui outros modos de atendimento aos reclamos coletivos concernentes à problemática da moradia, citando-se a Lei 11.977/2009 que vem, de forma vanguardista e alvissareira, trazer a regularização fundiária dos assentamentos localizados em áreas urbanas públicas, legitimando a posse, antes precária, e concedendo, celeremente, o título de proprietário aos que de direito.

Entretanto, persistentes são as críticas conservadoras dos que interpretam e vislumbram a Constituição com olhar privatístico e subjetivista, olvidando o seu caráter humanitário e social, ao insurgirem contra a tese de subordinação dos bens públicos ao preceptivo da função social da propriedade entabulado no art. 5º inciso XXIII.

De qualquer sorte, não é tão repentina a mudança na *ratio legis* do Estado no mister legiferante quanto às matérias que envolvam o direito das coisas imóveis com enfoque no bem comum, basta um ligeiro vaguear sobre normativos como a Lei 6969/81 definidora da legitimação da posse rural, a MP 2.220/2001, além da mencionada Lei 11.977/09 que trazem no seu corpo essa mensagem humanista.

Afigura-se-nos necessário discorrer, mesmo que perfunctoriamente, ao longo do trabalho de pesquisa, sobre os institutos da usucapião e da concessão de imóveis públicos para fins de moradia.

Pois bem, não se pode falar da função social da propriedade do patrimônio imobiliário olvidando importantes instrumentos de efetivação da paz social, como o é a prescrição aquisitiva da propriedade privada e a “doação” de bens públicos para fins de moradia.

A usucapião, presente no ordenamento jurídico pátrio com assento constitucional e infraconstitucional, carrega consigo o Princípio da Função Social, premiando todo aquele que torna a terra produtiva, acentuando a sua função econômico-social e contribuindo para o bem coletivo, de igual maneira opera nesse mesmo diapasão a tão festejada concessão para fins de moradia, como veremos mais adiante.

CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

1. CONCEITO

Antes de iniciarmos o estudo que se propõe acerca do famigerado tema que se levanta, oportuno delinear, em sucintas linhas, o conceito do instituto sob comento, com vistas a clarificar a sua plena compreensão. Ressalte-se que as controvérsias em torno do mote estudado ainda não se resolveram, como veremos adiante.

Assim, ousamos, a partir de agora, trazer alguns posicionamentos da doutrina a respeito do conceito de aludido princípio. Iniciamos a tentativa de defini-lo do ponto de visto agrarista, ramo do direito que atua acintosamente no implemento do preceito fundamental no que toca ao direito de propriedade.

Vejamos que ANTONINO C. VIVANCO, citado por TORMINN BORGES, aduz que o princípio da função social consiste “na obrigação condicionante do exercício da propriedade a interesses que transcendem a vontade do proprietário, de modo a satisfazer indiretamente as necessidades dos demais membros da comunidade.”¹

De forma não menos complexa Uadi Lammêgo Bulos lança-se a traçar sua visão constitucionalista ao exarar: “tratar-se de expressão imprecisa, vaga e de difícil intelecção”. Stefano Rodotà citado por Bulos sugere o estudo pela análise em separado de forma sucessiva dos termos *função e social*, arrematando que função opõe-se a estrutura, e serve para mostrar a maneira de se operacionalizar o instituto. Sustenta ainda o citado autor que “no momento em que a ordem jurídica reconhece que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido apenas para a satisfação de seu interesse, a função da propriedade passa a ser social.”²

Na doutrina de GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER vemos a citação de reconhecidos nomes como SALVATORE PUGLIATTI e novamente o de STEFANO RODOTÀ, para os quais a Função Social não deve ser entendida como

¹ANTONINO, C. Vivanco *apud* BORGES, Paulo Torminn. *Institutos básicos do direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 8-9.

² Rodotà, Setefano. *Apud* Uadi Lammêgo Bulos. *Constituição Federal Anotada*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ferrenha opositora do direito subjetivo, “(...) mas como um elemento capaz de alterar-lhe a estrutura, inserindo-se em seu *perfil interno* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*.”³

A autorizada voz de José Carlos Tosetti Barruffini⁴ traz o remate para a discussão em torno do verdadeiro conceito de decantado princípio, posição na qual nos filiamos.

A função social, está em nosso direito, ligada à necessidade de imporem-se medidas mais graves para o particular do que aquelas autorizadas pela supremacia do interesse amplo da coletividade sobre a de seus membros. (...) O núcleo fundamental do conceito de preenchimento da função social é dado por sua eficácia atual quanto à geração de riqueza. A doutrina da função social da propriedade trouxe um novo conceito ao direito de propriedade que informa que ela é um bem de produção e não simplesmente um bem patrimonial, por isso, quem detém a posse ou a propriedade de um imóvel rural tem a obrigação de fazê-lo produzir, de acordo com o tipo de terra, localização, meios e condições propiciadas pelo Poder Público, que tem a responsabilidade no cumprimento da função da propriedade.

Outrossim, vê-se que todas as respeitáveis posições aqui postas, muito embora não dissertarem uma definição única, pronta e acabada, convergem para uma óbvia conclusão, que o princípio da função social da propriedade nada mais é, que um instrumento limitador do abuso do direito de propriedade, ou seja, é garantido referido direito, desde que se observe a satisfação do interesse coletivo como primado maior.

2. ESCORÇO HISTÓRICO

Estabelecidas as linhas conceituais do princípio constitucional sob exame, de bom alvitre conhecer a sua origem histórica, a fim de se sedimentar mais eficientemente a análise sistemático-teórica que se aventa.

³ Idem.

⁴ Usucapião Constitucional Urbano e Rural – Função Social da Propriedade. São Paulo: Atlas, 1998, p.35

Sem dúvida, as maiores contribuições para o estudo que se lança são advindas do direito agrário, sendo também desse ramo das Ciências Jurídicas os apontamentos acerca das noções históricas. Segundo Benedito Ferreira Marques, eminente professor da Universidade Federal de Goiás, as primeiras notícias que se tem dessa limitação ao direito de propriedade, remontam as lições aristotélicas na Grécia. De acordo com seus apontamentos, já naquela época, “dar aos bens uma destinação social era uma premissa inarredável”.⁵

Influenciado por Aristóteles, continua as reflexões sobre o mote Tomás de Aquino, quem de fato, impulsionara o aprofundamento científico a esse respeito, criando, inclusive uma *teoria da propriedade*, segundo a qual, esse subjetivo direito deve ser compreendido em três planos distintos numa ordem de valores, ou seja, no primeiro, o sujeito teria um direito natural ao apossamento de bens materiais, dada sua natureza de animal racional, como forma de manter sua própria sobrevivência; no segundo plano, ao se considerar que o indivíduo não poderia refletir acerca da sua sobrevivência imediata, porquanto necessário também pensar no futuro, pois, para que fosse verdadeiramente livre, precisaria estar resguardado das surpresas econômicas; no último plano, se permitiria o condicionamento da propriedade em razão do momento histórico de cada povo, desde que não se chegasse a negá-lo.⁶

Após a reconhecida contribuição dada por Santo Tomás de Aquino com sua “Summa Theológica”, para quem o homem tinha o direito natural de adquirir bens materiais, com fins de garantir a própria subsistência, não podendo abstrair, contudo o dever de promover o “bem comum”⁷, seguimos com história do princípio ora estudado no âmbito do direito francês, agora aqui, ele aparece mitigado, enfraquecido com o advento do Código de Napoleão, que privilegia o direito subjetivo e absoluto de “*gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta (...)*” (art. 436).

Muito embora esse pensamento clássico tenha influenciado os diversos códigos que foram surgindo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916, a partir de 1911 a comunidade jurídica internacional é surpreendida com as importantes lições de DUGUIT, entabuladas nas palavras proferidas na palestra ocorrida na Faculdade de

⁵ MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 1998, p. 49-53

⁶ op. cit., p. 5-7.

⁷ Op. cit., p. 16.

Direito de Buenos Aires, a respeito da subordinação da propriedade a uma finalidade social.

Em bom tempo, MARQUES faz menção à importante contribuição emprestada pela Igreja Católica na evolução e solidificação do tema, contudo, neutralizando o mote de DUGUIT, para quem a propriedade era uma função social, ao passo que para a Igreja a propriedade tem função social.

Prosseguindo com a digressão histórica do instituto, vê-se que no Brasil a concepção da propriedade tal como é apresentada tanto pela Igreja como por Duguit e até por Aristóteles, não é tão recente, uma vez que o seu embrião é encontrado ainda na época imperial, assentando MARQUES que:

Colhe-se em L. Lima Stefanini, que já havia, ao tempo da concessão das Sesmarias, no período colonial em nosso país, preocupação com o cumprimento da função social, porquanto, entre as obrigações impostas aos sesmeiros, se inseria a de cultivar a terra, portanto, dando-lhe sentido de aproveitamento econômico.

Entretanto, como já assentado alhures, num primeiro momento não houve amadurecimento desse ideário, porquanto o Código Civil de 1916, sob forte influência do Código de Napoleão, abraçou a definição absolutista do direito de propriedade. Dessa forma, postergou-se até a Constituição Federal de 1934 o reconhecimento primário do Princípio da Função Social no direito brasileiro, agora republicano, ganhando, assim, espaço em sede de Constituição, consubstanciado na expressão *bem-estar social*.⁸

Registra ainda Benedito Marques, que referido princípio veio revigorado na Constituição de 1946 e “de lá para cá, não mais perdeu seu lugar na Lei Maior.” Todavia, acrescenta que a expressão tal como a conhecemos atualmente, somente foi definitivamente incorporada no nosso ordenamento jurídico por meio do Estatuto da Terra e vaticinada pela Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXIII.⁹

⁸ . PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. Reforma Agrária: um estudo jurídico. Belém: CEJUP, 1993. P.58

⁹ *ibidem*

3. FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Assentadas essas primeiras linhas acerca da evolução histórica da Função Social da Propriedade, vejamos com mais divagar a incidência do decantado preceptivo fundamental no ordenamento pátrio sob o viés da *justiça constitucional*.

A priori, que é Justiça Constitucional? Em linhas gerais, é a acomodação dos princípios, valores e normas contidos no texto da Lei Maior aos reclamos e aspirações do povo, num dado momento histórico. Na medida em que os anseios coletivos são legitimados e alçados a princípios constitucionais, tem-se, indubitavelmente, a validação do Estado Democrático de Direito, estampado na Carta Magna.

Diferente não é a conclusão a que chega o renomado escritor português Joaquim Gomes Canotilho, citado por Barrufini na sua obra *Usucapião Extraordinário e Função Social*:

A validade de uma Constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a Constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de ‘valores jurídicos’. O critério da legitimidade do poder constituinte não é mera posse do poder, mas concordância ou conformidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua ‘bondade intrínseca’.”¹⁰

Fazendo pertinentes ponderações no que diz respeito ao tema, asseverando sua complexidade e a preocupação da comunidade internacional dos constitucionalistas em defini-lo como Didie Maus, Louis Favoreau e Jacques Forttshof, Uadi Lammêgo Bulos segue a orientação de Canotilho quanto ao conceito da locução, asseverando que,

¹⁰ CANOTILHO, J. Gomes. apud BARRUFINI, José C. Tosetti. *Usucapião Constitucional Urbano e Rural – Função Social da Propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998, p.6.

Em que pese à incerteza e à insegurança a seu respeito, a vida cotidiana – dos diversos ordenamentos dotados de constituição escrita, democrática e assecuratória das liberdades públicas – demonstra que a justiça constitucional almeja a efetivação concreta de certos fatores axiológico-fundamentais, como o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à igualdade de todos sem discriminações, de qualquer espécie etc. Numa palavra, busca a atuação e a **conformação** dos modelos constitucionais, enfeixados na Constituição, que se identificam com a realização de certos princípios ou vetores, consagrados pelo constituinte, como o da moralidade, legalidade, da igualdade, da liberdade, do juiz natural, do devido processo legal etc.

[...] envolve a unanimidade dos problemas relativos ao cumprimento e à execução dos preceitos, programas e disposições vertidas pelo legislador constituinte num conjunto ordenado de normas.

[...] assim, justiça constitucional e bem comum formam a unidade inseparável de um mesmo fenômeno, que objetiva, ao menos teoricamente, criar uma atmosfera de tranqüilidade e paz, imprescindíveis à vida social.¹¹

Outrossim, no direito brasileiro, esse princípio está umbilicalmente ligado à noção, internacionalmente desenvolvida, de Justiça Constitucional, pelo que se conclui, vaticinando, que a locução *função social* não se consubstancia numa expressão oca, sem sentido, mas como expressão basilar da ordem econômica e social como garantia fundamental dos indivíduos.¹²

3.1. DESTINATÁRIOS DAS NORMAS RELATIVAS À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O inciso XXIII do art. 5º da Constituição de 1988 é bem claro ao entabular que “a propriedade atenderá a sua função social”. Não restando dúvidas, ao se fazer uma interpretação teleológica da norma, que é dever de toda a propriedade sujeitar-se a esse comando. Contudo, tormentoso debate existe a respeito desse entendimento, não sendo pacífica a mesma conclusão na doutrina. Vejamos.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

¹² Ibidem. P. 152. Bulos.

O eminente professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha da PUC de São Paulo, na sua marcante obra *Função Social da Propriedade Pública*, chama a atenção por fazer intrincadas considerações a respeito do mote aqui defendido, indo, muitas vezes, na exposição do seu brilhante trabalho, contra posições de consagrados doutrinadores. Como podemos assentar, v.g., quando faz a retórica pergunta na cabeça da sua monografia: “os bens públicos estariam submetidos a uma função social?”. Tendo suas expectativas contrariadas com ecoante resposta da doutrina como de Angel M. Lopez y Lopez que sustenta, a princípio, que não, uma vez que a Função Social, como é apresentada no corpo constitucional,

(...) teria surgido como modo de tornar compatível o direito de propriedade dos particulares com as exigências sociais que predicam a incorporação de deveres ao direito de propriedade sem que ocorra, no entanto, o desaparecimento do desfrute *Uti dominus* dos bens privados.¹³

Conclui o referido autor que o papel da função social seria, nada mais, do que o de conformador do uso particular dos bens com “as exigências sociais que reclamam uma distribuição mais justa dos bens existentes para satisfazer as necessidades humanas (...)”¹⁴ não havendo, para ele, como se cogitar a incidência desse princípio sobre o patrimônio imobiliário público.

Ora, não há que corroborar as idéias lançadas pelo ilustre doutrinador que discorda da tese suscitada, posto que, conforme já explanado acima, e com arrimo nas lições do constitucionalista Uadi Bulos, se entendêssemos dessa maneira o preceptivo fundamental sob exame, onde estaria a justiça constitucional? Pois, exigir tal encargo do proprietário de imóvel particular, ao passo que se deixa ao alvitre da administração pública – proprietária do bem público – o *jus usendi, jus abutende, jus fruendi*, ao arrepio da norma constitucional, soa como verdadeiro **descompasso** hermenêutico com o texto da Lei Maior.

Não obstante, Sílvio Luís ferreira da Rocha, combate, com proficiência, o entendimento esposado pelo douto constitucionalista Lopez y Lopez, arrematando que os bens públicos estão, sem peias, submetidos ao cumprimento de uma função social,

¹³ Angel M. Lopez y Lopez, citado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha. P. 121.

¹⁴ Ibidem, p.123.

“(...) pois servem de instrumento para a realização, pela Administração Pública, dos fins a que está obrigada.”¹⁵ Continua o eminente autor:

Os bens públicos estão predestinados a atender a fins públicos e não a fins particulares, o que não passou despercebido pela doutrina brasileira. Nesse sentido a lição de José Cretella Júnior: “o traço que distingue, entre nós, os bens do domínio público e os bens dominicais é que ambos participam da atividade da administração pública, que não se vincula a elementos volitivos, mas a um fim. O fim público é, pois, atributo específico dos bens públicos. Nisso diferem dos bens privados, que servem a uma vontade particular.”¹⁶

Também não passou longe dos apontamentos de Maria Sílvia Zanella di Pietro o tema relativo a este estudo, lembrando-nos, no que se refere à propriedade pública, que:

Jamais se cogitou de a ela estender-se o princípio da função social, pois quando este começou a aplicar-se à propriedade privada, na Constituição de Weimar de 1919, já estava em pleno desenvolvimento a concepção doutrinária que atribui os bens públicos à titularidade das pessoas jurídicas estatais, sem prejuízo da finalidade pública que lhes é inerente.¹⁷

Citando Jambrenghi (1979, PP. 6-7, nota 7), a mencionada administrativista conclui que, à diferença da propriedade privada, “a propriedade pública é e não *tem* função social”.¹⁸

Justificando sua posição a respeito do assunto, Ferreira da Rocha, acentua que o patrimônio imobiliário estatal serve de meio à consecução de fins públicos e, portanto, “a Administração não pode dispor dos bens, de acordo com a sua vontade, mas sim está obrigada a usá-los de modo a privilegiar o atendimento aos fins públicos previstos em lei.”¹⁹

¹⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. Temas de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2005.

¹⁶ *Ibidem*, p. 125.

¹⁷ *A Gestão Jurídica do P. Imobiliário do Poder Público*. Cadernos Fundap, n. 17, p. 57.

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 58.

¹⁹ *Ibidem*, p. 60.

Nessa mesma linha posiciona-se Ruy Cirne Lima, para o qual, “a relação de administração é relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade jurídica cogente”.²⁰ E a finalidade cogente afeta ao direito das coisas atualmente é a estabelecida pelo art. 5º inciso XXIII, a que todos os proprietários de bens (móveis e imóveis) se sujeitam.

Saliente-se, por oportuno, que a distância havida entre domínio público e domínio privado há muito se perdeu, exatamente por força do princípio da função social da propriedade, que faz com que o particular exerça o seu direito de senhor-possuidor em estrito atendimento aos fins do bem comum. Por pertinência, indaga Sílvio Luís se:

A finalidade obrigatória que informa o domínio público seria suficiente para: (a) imunizar a propriedade pública dos efeitos decorrentes por ela projetados no exercício da relação jurídica de propriedade; (b) limitar os efeitos decorrentes da função social da propriedade a certas categorias de bens, como os bens dominicais, exemplo que pretende M. Lopez y Lopez; ou se (c) pelo contrário, a finalidade que informa a propriedade pública se não mostra incompatível com a função social da propriedade, dela recebendo, portanto, influência²¹

Dessa sorte, depreende-se que a Administração pública enquanto senhor-possuidor de seus bens imóveis, também se sujeita à finalidade cogente informada pelo Princípio da Função Social presente no texto constitucional, não sendo ela imune, assim, dos efeitos emanados de tal norma. Concluindo sua exposição, Ferreira da Rocha arremata:

Negamos à finalidade obrigatória que preside os bens públicos o efeito de imunizar a propriedade pública das conseqüências decorrentes da concepção acerca da função social da propriedade e não limitamos a projeção dos efeitos decorrentes da função social da propriedade a certas categorias de bens públicos, como os bens dominicais.

²⁰ LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo, p. 63.

²¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública. Temas de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 127

(...) admitimos que a finalidade que informa a propriedade pública se não mostra incompatível com a função social da propriedade, dela recebendo, portanto influência.²²

3.2. CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO OBEDIÊNCIA AO PRECEPTIVO DO ART. 5º INCISO XXIII DA CF.

Tendo já bem sedimentados certos conceitos, passemos, então, a análise das conseqüências jurídicas do não cumprimento da funcionalidade social prevista para a propriedade na Carta de 1988.

A Constituição brasileira estabelece no parágrafo 4º do art. 182 os consectários para a propriedade mal utilizada, entretanto, não é somente no parágrafo 4º do citado artigo que vamos encontrar a resposta do Estado ao proprietário que abusa do seu direito, pois em textos esparsos observamos a contemplação ou premiação do mero possuidor da coisa imóvel em detrimento da desídia do real proprietário que abandona seu imóvel à própria sorte.

Destarte, o ordenamento jurídico pátrio privilegia aquele que faz com que a propriedade imóvel, que está sob sua posse, obedeça à função social, por meio da instituição da usucapião, da legitimação da posse e da concessão de imóveis públicos para fins de moradia.

Logo, temos que as implicações jurídicas pelo descumprimento do art. 5º, XXIII são: a) parcelamento ou edificação compulsórios; b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública;²³ d) usucapião; f) legitimação da posse e g) concessão de imóveis públicos para fins de moradia. Analisemos, porém, cada instituto mencionado, com atenção especial à legitimação da posse e à concessão para fins de moradia, tão difundidos na contemporaneidade.

²² Op. Cit., p. 128

²³ Vide Constituição Federal, art. 182 §4º.

3.2.1 Parcelamento ou Edificação Compulsórios

A primeira consequência para o imóvel, pelo descumprimento das obrigações urbanísticas, está assentada no inciso I do parágrafo 4º do art. 182. Tem arrimo no poder de polícia da Administração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder de polícia traz consigo a proposta de salvaguardar os seguintes valores: “a) de segurança pública; b) de ordem econômica; c) de tranquilidade pública; d) de higiene e saúde públicas; e) estéticos e artísticos; f) históricos e paisagísticos; g) riquezas naturais; h) de moralidade pública e i) economia popular.”²⁴

O artigo 5º do Estatuto da Cidade aduz ser imprescindível que a lei específica municipal estabeleça as condições e prazo para o cumprimento, pelos titulares dos domínios, das obrigações urbanísticas, sob pena de sofrerem o parcelamento e a edificação compulsórios.

Define José dos Santos Carvalho Filho o parcelamento compulsório como “a modalidade em que está ausente o elemento volitivo, ao contrário do que ocorre no parcelamento voluntário.”²⁵

A maneira como esse parcelamento ocorre também deve ser definida pelo plano diretor da cidade, de modo que, sendo ultimado, as novas unidades deverão ser levadas a registro no cartório de imóveis respectivo, a fim de serem registradas em módulos independentes, em nome do proprietário da área parcelada, visando à cobrança do IPTU.²⁶

Vejamos que a edificação, constitui uma faculdade do proprietário do solo urbano, só que, como já enfatizamos, esse direito garantido ao senhor-possuidor não é algo absoluto, alheio às normas municipais, devendo ser exercido em perfeita sintonia com que estabelece o plano diretor e o plano urbanístico municipais.

Lembrando, em tempo, que, para se iniciar uma edificação/construção, mister que se recorra ao órgão municipal competente, a fim que esse emita alvará de construção, ou seja, autorização para que se implemente o intento de construir.

²⁴ Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007. P.820.

²⁵ Comentários ao Estatuto da Cidade. 3ª Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p.70/71

²⁶ Idem.

Entretanto, o que importa para o momento é a edificação compulsória, que se processa sem a presença do elemento volitivo do senhor-possuidor, ocorrendo, portanto, como forma de “sanção” ou conseqüência jurídica pela não observância do princípio da função social do domínio. Assim, seguindo no magistério de Carvalho Filho acerca do presente tópico temos que o pressuposto básico para a ordem (compulsória) de edificação é

A existência de área sem construção, isto é, o solo puro e simples. Essa é a hipótese de solo não edificado, mencionada no art. 5º do Estatuto. Pode ocorrer, contudo, que haja alguma construção, embora com aproveitamento inferior ao mínimo definido no plano diretor: é solo subutilizado (art. 5º, § 1º, I). Nada impede que no caso de terreno subutilizado se imponha a edificação compulsória: o proprietário deverá demolir a construção existente e proceder à nova edificação, ou, ao menos, acrescentar construção para que o aproveitamento atinja o mínimo fixado no plano diretor.²⁷

3.2.2 O IPTU Progressivo no Tempo

A progressividade do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana é a possibilidade de alteração, para maior, da alíquota do tributo, em razão da incidência das hipóteses previstas na legislação para tanto.

O respeitável tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, analisando a progressividade do IPTU, destacou que essa, pode ocorrer, sem que, com isso, fira o princípio do não-confisco, sob a égide de duas matrizes: a) a matriz da política urbana, cujo fundamento constitucional tem sede na disposição do art. 182 § 4º, II, em prol da ordenação urbanística das municipalidades; b) a matriz da capacidade do contribuinte prevista no art. 145 §1º da CF.²⁸

Inobstante, importa por ora, a primeira matriz, também considerada pela doutrina tributarista como a progressividade extrafiscal no tempo. Na verdade, o objetivo do legislador, ao instituir essa matriz, foi remover todo o obstáculo à concreção do plano diretor.

²⁷ *Ibidem*, p.73

²⁸ Curso de Direito Tributário Brasileiro. 11ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 332.

Atentemos que o § 1º do art. 182 aduz ser tal dispositivo verdadeiro instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (em tese). Ademais, acrescentou o legislador no parágrafo 2º do mencionado artigo que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais do Plano de Ordenamento Territorial Urbano.

Sintetiza Sacha Calmon, que pode ser usado à exaustão, conquanto o proprietário do solo urbano não edificado subutilizado ou não utilizado se mantiver inerte e recalcitrante em promover o seu adequado aproveitamento.²⁹ Prossequindo, arremata que a progressividade da alíquota do imposto há beirar o insuportável pelo contribuinte, uma vez que se pautar pela suavidade, em obediência ao princípio do não-confisco, tornar-se-ia inócuo o fim do dispositivo legal.

3.2.3 Desapropriação

A desapropriação sancionatória, à qual se refere a Lei Maior, está prevista no Estatuto da Cidade no art. 8º, segundo o qual

Decorrido cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

A doutrina é uníssona em avaliar que não tem como analisar o instituto da desapropriação em separado da propriedade, posto que, uma completa o sentido da outra. Carvalho Filho pontifica ser a desapropriação a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade, intervenção essa que conduz à sua transferência do patrimônio particular (como regra) para o estatal.³⁰

É bem verdade que a Constituição assegura o direito de propriedade, porém, de forma comedida, desde que esse não se choque com as normas outras atinentes ao princípio da função social, ou seja, devendo a propriedade, como direito, existir em

²⁹ *Ibidem*, p. 334.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3ª Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p.100.

função do alcance do maior número de pessoas a serem satisfeitas pela adequada utilização do bem.

Assim sendo, havendo descompasso do exercício do domínio sobre a coisa e o bem comum, o Estado é concitado, via Constituição, a intervir na relação do senhor-possuidor com sua propriedade e a coletividade, por meio da desapropriação.

Ressaltamos que se encontra na própria Carta Magna os motivos ensejadores da intervenção estatal na contenção do mau uso desse direito, seja na sua primeira modalidade, a *desapropriação comum ou ordinária*, seja na segunda modalidade, a *urbanística ou sancionatória*, não podendo ser confundidas

A desapropriação comum sempre será possível quando houver utilidade ou necessidade pública, ou interesse social no bem desapropriado, sendo essa característica declarada por meio de ato administrativo, garantindo ao expropriado *justa e prévia indenização*.³¹

No entanto, nos interessa para elucidação das matérias aqui abordadas a análise da segunda modalidade de desapropriação, a *sancionatória* (art. 182, §4º, III, CF), sobre a qual volvemos à reflexão dantes iniciada.

Admitindo-se que o proprietário venha suportar a progressão do IPTU no tempo, e tendo decorrido o prazo estabelecido na lei, sem que, ele reconsidere a atitude tormentosa no uso do imóvel, sobrevém, assim, a expropriação como resposta do Estado pela subutilização ou má utilização da coisa.

Oportuno registrar que a indenização prevista no art. 5º, XXIV da CF é diferente da estabelecida no art. 182, §4º, III, porquanto ambos os dispositivos constitucionais tratam, como já assentado, de dois diferentes tipos de desapropriação, a ordinária e a sancionatória. Na primeira espécie de expropriação há que ser justa, prévia e em dinheiro. Ao passo que na outra modalidade essa benesse não é concedida, exatamente por se tratar de forma de “punição” ao mau proprietário.

Ao mau proprietário caberá se contentar com os títulos da dívida pública, resgatáveis no prazo de até dez anos, nos termos do art. 8º § 1º do Estatuto da Cidade.³² Carvalho Filho lembra que as prestações dessa indenização há de observar três

³¹ Vide Constituição Federal, art.5º, inciso XXIV

³² Vide Estatuto da Cidade.

princípios: a anualidade, igualdade e sucessividade. Continuando seu estudo a respeito da incidência da Função Social no ato da administração da desapropriação, o referenciado escritor, passa a comentar o aproveitamento do imóvel pós-expropriação. Aduz que

Ao processar a desapropriação do imóvel, o Município não pode afastar-se do objetivo para o qual se dirigiu: a adequação do imóvel ao plano diretor da cidade de modo a implementar a ordem urbanística no local.

(...) não cabe ao ente municipal qualquer liberdade quanto à decisão do aproveitamento ou não do imóvel. O objetivo que o mobilizou ao processo de transferência do imóvel não pode deixar de ser alcançado.³³

Observemos que o Estatuto da Cidade foi categórico no apontamento acima citado, pois o parágrafo 4º do art. 8º reza que “o município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contando-se o prazo a partir da incorporação do imóvel ao patrimônio público.”

Mas indagamos qual a conseqüência para a Administração (leia-se o município) que agir de forma desidiosa quanto a essa vinculação feita pela lei à obrigatoriedade de se aproveitar o bem arrecadado? Encontramos a resposta no próprio Estatuto, que responsabiliza o agente público responsável por esse mister ou até mesmo o prefeito municipal, que poderão, inclusive, incorrer no crime de improbidade administrativa. Vejamos o que diz o art. 52, inciso II:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

(...)

II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei.

³³ Op. Cit., p. 102

Diante de tais considerações e para finalizar esse tópico, pertinente observar que o princípio da função social da propriedade nesse momento está vinculando à Administração Pública e seus agentes ao preceito normativo do art. 5º, XXIII da CF, havendo para essas pessoas “sanções” por desobediência ao preceptivo mandamental da Carta Magna, provando mais uma vez a sujeitabilidade dos bens públicos ao decantado princípio, e, por conclusão lógica à proposta de Justiça Constitucional alhures comentada.

3.2.4 Usucapião

Outra relevante implicação para aquele que desobedece a norma fundamental sob exame, é o fato de correr para seu direito de propriedade a prescrição extintiva em detrimento da prescrição aquisitiva em favor daquele que exerce a posse sobre a coisa usucapienda, que lhe promove a famigerada funcionalidade social.

3.2.5 Legitimação da Posse Urbana

Nos termos do art. 47, inciso IV da Lei 11.977/2009, a legitimação da posse urbana consiste no *“ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse”*.³⁴

Na verdade, a Lei retrocitada, imbuída do espírito humanista trazido pela Carta de 1988, veio cuidar, especificamente, a uma, do déficit habitacional existente no Brasil, ao instituir o Programa Minha Casa, Minha Vida; a duas, da democratização e a regularização fundiária urbana que há muito se estabeleceu como um dos maiores reclamos do “Brasil social” despontado a partir de 1988.

Em tempo, afigura-se de bom alvitre fazer menção a outra disposição normativa sobre o mesmo assunto, a Medida Provisória 2.220/2001, surgida também com escopo de minorar os problemas habitacionais existentes no País, por meio da

³⁴ Vide lei 11.977 de 07 de julho de 2009.

otimização de esforços dos entes federativos nesse mister. Basicamente, trata da concessão de uso especial para fins de moradia de imóvel público, de forma gratuita, ao homem ou a mulher que tenha possuído como seu, de forma ininterrupta, imóvel público urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados³⁵.

Mais uma vez, vê-se a incidência da função social sobre os imóveis públicos como mensagem audível do legislador constituinte. Pois, foi atendendo à reclamação constitucional presente no art. 5º do inciso XXIII, que o legislador ordinário laborou esses dois dispositivos legais citados, corroborando, portanto, o mote suscitado inicialmente, qual seja, a sujeitabilidade do senhor-possuidor público aquele preceptivo fundamental e não só o privado, como entende parte maciça da doutrina.

Porém, traçadas essas linhas iniciais, nos guardaremos, ainda, de discorrer, com mais profundidade, acerca da legitimação da posse como consectário legal da não observância da propriedade às regras municipais versantes sobre o plano diretor e urbanístico, no capítulo destinado à função social na concessão de imóveis públicos ao particular a título gratuito.

3.2.6 Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia

Esse instituto próprio do Direito Administrativo está previsto na Medida Provisória 2.220/2001 e não há que se confundir com outros atinentes do mesmo ramo das Ciências Jurídicas, eis que diferente de tudo a que estamos acostumados a estudar, exatamente por tratar-se de uma novidade do legislativo.

Guardaremo-nos de melhor dissertar a respeito do famigerado instituto, tema deste Trabalho de Conclusão Curso, linhas adiante.

³⁵ Vide MP 2.220/2001

CAPÍTULO II – BENS PÚBLICOS

1. CONCEITO

Motivo de grande discussão doutrinária é a conceituação de bem público, isso porque os administrativistas procuram eleger diversos critérios com o fito de defini-lo. Vejamos.

Justen Filho³⁶, v.g., assinala entre outros, que esses podem ser compreendidos quanto ao critério da qualidade do titular, à acepção subjetiva, acepção do regime jurídico e à classificação essencial do Código Civil. Segundo ele, os bens jurídicos são objetos das relações jurídicas. É aquilo sobre o que pode recair um poder jurídico atribuído à titularidade de um sujeito, ou seja, é aquilo que pode ser objeto de prestações jurídicas. De forma mais simplória, sufraga ser aquele pertencente a uma pessoa jurídica estatal.

Não destoia dessa noção o grande Bandeira de Mello³⁷ ao definir os bens públicos como todos aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

Por fim, acentuemos a proficiente lição de Cavalho Filho³⁸ sobre o tema, segundo o qual, bens públicos

são todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as Autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 701-702

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2010. P. 913

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo 19ª edição. Lumen Juris: São Paulo, 2006. P. 999.

Diante de remansosa doutrina a respeito do tema *bens públicos* e com as mais diferentes formas de abordagem na conceituação, frisemos que, a bem da verdade, a maneira de se melhor compreender tal instituto de Direito Administrativo, não é outra senão por meio da célebre classificação, pacificamente adotada pela doutrina pátria e também expendida pelo Código Civil, quanto à sua destinação, como veremos linhas abaixo.

2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO

Clássica doutrina concebe o estudo dos bens públicos por meio das mais variadas disposições, como a feita quanto à titularidade, à disponibilidade, quanto à sua destinação, entre outras possíveis a depender do critério de exame adotado. Contudo, pertinente salientar que a que melhor contribui para uma completa compreensão e já consagrada, sendo inclusive trazido expressamente pelo Código Civil, é a que diz respeito à destinação dos bens.

Assim, de acordo com esse critério, os bens públicos se classificam em: *a) bens de uso comum; b) bens de uso especial e c) bens dominicais.*

a) Bens de uso comum do povo

Segundo depreende-se da leitura do inciso I do art. 99 do Código Civil, são todos aqueles que se destinam a uma utilização indistinta por um determinado agrupamento de indivíduos, sendo eles, assim considerados federais, estaduais e municipais. Prevalece a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade.

São bens de uso comum os mares, as praias, os rios, estradas, ruas, praças e logradouros públicos.

b) Bens de uso especial

Carvalho Filho define como sendo aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral, constituindo, na verdade, no aparelhamento material da Administração para atingir seus fins.

O citado administrativista acentua que os exemplos dados pelo dispositivo do inciso II do art. 99 do Código Civil, inicialmente podiam gerar dúvidas quanto à natureza dos bens que formam essa categoria, ou seja, se deveriam ser apenas imóveis, ou se poderiam ser móveis ou imóveis. Segundo ele, alguns autores não faziam qualquer referência a essa hipótese, mas a verdade é que, a despeito da exemplificação contida no dispositivo, devia-se ter em mira a utilização dos bens para a consecução das atividades administrativas em geral, razão porque poderia tratar-se de bens móveis ou imóveis.

Nessa linha, registre-se por oportuno, que não perdem a característica de bens de uso especial aqueles que, objetivando a prestação de serviços públicos, estejam sendo utilizados por particulares, sobretudo sob regime de delegação.³⁹ temos como bens de uso especial os edifícios públicos, como escolas, universidades, hospitais, museus, sede dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário etc.

c) Bens dominicais

Nos termos da lei civil, são aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Carvalho Filho aduz que essa noção é residual, isto é, nessa categoria se situam todos os bens que não se caracterizem como de uso comum do povo ou de uso especial. Se o bem, portanto, serve ao uso público em geral, ou se se presta à consecução das atividades administrativas, não será enquadrado como dominical.

Destarte, consideram-se bens dominicais as terras sem destinação pública específica (entre elas, as terras devolutas), os prédios públicos desativados, os bens

³⁹ O STF, reformando, acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, decidiu que tais bens (no caso usados pela Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, delegatária do serviço de exploração do art. 150, VI, “a” da CF, não incidindo o IPTU sobre seu patrimônio.

móveis inservíveis e a dívida ativa. Esses é que constituem objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público.

3. REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Inicialmente podemos definir regime jurídico como conjunto de direitos, deveres, garantias, vantagens, proibições e penalidades aplicáveis a determinadas relações sociais qualificadas pelo Direito.

Desse modo, temos também o regime jurídico, no âmbito do Direito Administrativo, dos bens da Administração. Ou seja, tem-se a forma com que se relaciona esses bens com as pessoas de direito, estabelecendo o conjunto de, deveres, garantias, vantagens e proibições.

A doutrina administrativista arrola como características do regime dos bens do Estado a *inalienabilidade ou alienabilidade condicionada, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não-onerabilidade*.⁴⁰ Todavia, dada a complexidade do tema em exame, nos deteremos em analisar a primeira característica do regime jurídico, respeitante ao mote investigado no presente trabalho monográfico, qual seja inalienabilidade ou alienabilidade condicionada.

3.1 INALIENABILIDADE OU ALIENABILIDADE CONDICIONADA

Preambularmente, de bom alvitre as bem colocadas palavras do eminente Carvalho Filho⁴¹ quando questiona a quase uníssona voz na doutrina segundo a qual a inalienabilidade seria característica marcante dos bens públicos. Segundo o douto Carvalho Filho, “se é certo que, em algumas situações especiais, os bens públicos não podem ser alienados, não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações de modo a tornar possível a alienação”.

Isso porque, apesar de sempre se afirmar que a inalienabilidade somente atingiria os bens de uso comum e especial – e enquanto estes estivessem servindo aos

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2010. P. 915-917

⁴¹ Op. Cit., p. 1009

respectivos fins -, os dominicais sempre seriam passíveis de alienação, “na forma da lei”, tal conclusão restaria imprópria, porquanto a melhor interpretação era a de que os bens teriam como característica a alienação condicionada, valendo dizer, a alienação deveria ser efetivada em conformidade com o que a lei dispusesse.

Dessa forma, analisando detidamente a norma prevista nos arts. 100 e 101 do Código Civil, segundo o eminente administrativista, a alienabilidade é a regra, na forma que a lei dispuser a respeito, atribuindo-se a inalienabilidade somente as excepcionalidades do art. 100. Entretanto, não é essa a conclusão de outros mestres como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴².

Mas que é inalienabilidade?

Nos dizeres de Carvalho Filho, constitui-se em “transferência da propriedade de determinado bem móvel ou imóvel de uma pessoa para outra”. Contudo, não nos parece precisa tal construção conceitual, pois que restringe alienação a tão só *transferência da propriedade*, o que não é verdade!

É sim transferência da propriedade, mas também da posse direta, do domínio útil e do uso especial. Assim, a Administração aliena (transfere) por meio de diversos instrumentos: comumente através do contrato administrativo, mas também o faz por termo administrativo e se assim não procede, tal alienação fica a cargo do judiciário por meio de sentença⁴³.

Por fim, diz-se alienabilidade condicionada porque sempre que houver a possibilidade de alienação do bem público, essa deverá ocorrer em estrita obediência às formas previstas na lei, é o caso, v.g., das disposições dos arts. 17 a 19 da Lei 8.666/93.

Nesse diapasão encontramos nas precisas lições de Justem Filho aquilo que ele denomina “Instrumentos substitutivos da alienação de bem público”. Inicialmente, adiantamos, também imprecisos esses termos utilizados pelo ilustre administrativista, porque os instrumentos que ele aduz como substitutivos, na verdade, nada substituem, em verdade são autônomos, ou seja, além desses instrumentos, não há como a Administração lançar mão, por exemplo, de contrato administrativo para efetivar a alienação.

⁴² Op. Cit., p. 915

⁴³ Vide §4º do art. 6º da Medida Provisória 2.220/2001.

Veja que o respeitável escritor arrola nesses “substitutivos” a) a concessão de direito real de uso; b) concessão de uso especial para moradia; c) aforamento de bens em zonas enfitêuticas e a d) cessão de uso. Ora, como chama-los de instrumentos substitutivos, se, em verdade não substituem nada? As relações jurídicas contidas em cada instrumento são implementadas por meio de termo administrativo ou ainda por sentença judicial que reconhece um direito potestativo, como é o caso da concessão de uso especial para moradia.

A fim de melhor elucidar o posicionamento até aqui defendido, achamos por bem dedicar um capítulo à parte, somente para discorrer a respeito da concessão de uso especial para fins de moradia enquanto meio de exteriorização dessa alienabilidade compulsória do bem público em razão da incidência do princípio da função social sobre a propriedade pública.

CAPÍTULO III – ALIENABILIDADE COMPULSÓRIA DO BEM PÚBLICO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Como já assentamos, não há que se falar em inalienabilidade dos bens públicos como regra do regime jurídico, sendo inclusive aceito por grande parte da doutrina administrativista a alienabilidade condicionada. Essa sim a regra e a inalienabilidade a exceção.

Ocorre que, a grande maioria dos autores fala da alienabilidade condicionada às formas previstas na lei, aí citando, por exemplo, as expressas disposições dos arts. 17 a 19 da Lei 8.666/93, a legitimação da posse do imóvel rural prevista na Lei 6.383/76, a legitimação da posse urbana na Lei 11.977/2009, esquecendo-se, por vezes de outras condicionantes que não a lei. O que aventamos aqui também diz respeito à alienabilidade, todavia, compulsória, e em razão de um *princípio constitucional*.

Logo, falamos em alienabilidade compulsória porque, admitindo-se, enfim, a inarredável subordinação dos bens públicos à função social, em não cumprindo seus ditames, a propriedade estatal estará incurso nas sanções que lhe são próprias, consoante discorreremos alhures, entre as quais destaca-se a concessão de uso especial para fins de moradia prevista na Medida Provisória 2.220/2001.

Destarte, não é dado a Administração fazer ou não a famigerada concessão quando o jurisdicionado, utilizando determinado imóvel público única e exclusivamente para sua moradia, dá a ele, assim, funcionalidade social, em detrimento da inércia do Estado.

Veja que se criou, com o instituto sob comento, um instrumento alternativo à usucapião, vez ser inadmissível a prescrição aquisitiva em face de bem público. Se volvermos nosso estudo para os requisitos estampados na Medida Provisória 2.220/2001, constataremos tratar-se dos mesmos requisitos da usucapião especial prevista no art. 183 da Constituição Federal, também chamada de usucapião *pro moradia* ou *pro misero*, de sorte que todos os que se enquadrarem na situação narrada pelo *caput* do art. 1º da aludida medida provisória têm um direito público potestativo em face da Administração Pública, razão pela qual nos referimos a alienabilidade compulsória à situação que dar ensejo a concessão de uso especial para fim de moradia.

1. A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA NA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001

Como já citado no primeiro capítulo deste trabalho monográfico, segundo a respeitável doutrina de Sílvio Luiz da Rocha, com supedâneo em Celso Ribeiro Bastos e outros, a Função Social, de fato, incide sobre os bens imóveis públicos. Contudo, importante delinear a forma e medida dessa incidência sobre os diversos tipos de bens da Administração, uma vez que, a depender desses, o decantado princípio se aperceberá de uma forma e/ou outra.

Conforme vimos, O parágrafo 4º do art. 182 da Constituição Federal delinea os consectários jurídicos para o mau proprietário que subutiliza ou não utiliza da forma adequada seus domínios. São eles: a) o parcelamento ou edificação compulsórios; b) o IPTU progressivo no tempo e c) a desapropriação.

Além desses, podemos destacar outro que não se encontra nesse rol, mas que se constitui um dos mais eficazes meios de, ao mesmo tempo, punir o mau proprietário – portanto, consequência pela má utilização da propriedade -, premiar aquele que faz com que a propriedade exerça ou obedeça à função social, referimo-nos à usucapião.

No que diz respeito às consequências pela não obediência ao dispositivo constitucional ora estudado por parte da propriedade pública, evidentemente que comungamos das ideias daqueles que sustentam a não aplicação dos dispositivos susomencionados no caso dos domínios estatais, isso em respeito a princípios outros, como o do pacto federativo, imunidade tributária recíproca etc.

Ora, o que aconteceria então com o imóvel público subutilizado ou mal utilizado pelo seu senhor-possuidor Administração? Ou seja, diante da desídia ou alheamento do proprietário público, em flagrante infringência ao exarado no art. 5º, inciso XXIII da Lei Maior, a que sanção estaria sujeita a Administração Pública, como prova, indelével de sua sujeição aos ditames constitucionais?

Sem dúvida, entre outras - além das sanções penais e administrativas para o Administrador público -, destacamos o nascimento do direito público subjetivo potestativo de concessão de uso para fins de moradia para o particular que venha dar funcionalidade social a esse imóvel pertencente ao Estado.

Destarte, o caput do art. 183 combinado com o seu §1º da Constituição trata, num primeiro prisma da modalidade usucapião especial urbana da propriedade privada, e, num segundo plano, em decorrência da vedação do §3º, da *concessão de uso especial para fins de moradia*.

Oportuno destacar que, para a conformação desse instituto de direito real, na verdade, urge-se necessário existir, como já sugerido, todos e os mesmos requisitos exigíveis na usucapião especial tratada no *caput* do art. 183. Dessa feita, inevitável não se concluir que, diante das considerações acima delineadas a respeito do rol de sanções trazido pelo §4º do art. 182, a modalidade de concessão aqui noticiada, revela-se, sem peias, da mesma forma que a usucapião, como um dos mais eficazes meios de, ao mesmo tempo, punir o mau proprietário – portanto, consequência pela má utilização da propriedade -, premiar aquele que faz com que a propriedade exerça ou obedeça à função social.

Poder-se-ia ainda alvitrar outras sanções ou conseqüências para os imóveis públicos em razão da infringência do preceptivo fundamental exarado no art. 5º, inciso XXIII da CF, como, v.g., a legitimação da posse tratada pelo Estatuto da Cidade e pela Lei 11.977/2009, contudo, nos limitaremos, por ora, a tratar especificamente da concessão de uso especial para fins de moradia.

Em suma, após verificarmos os variados regimes jurídicos dos bens públicos e a sua função social, passaremos ao estudo das formas de utilização desses bens pelos administrados, com enfoque no instituto da concessão a particular a que nos aludimos neste trabalho monográfico e seu relacionamento com os preceitos constitucionais relativos à satisfação coletiva e à justiça constitucional. Vejamos.

Bandeira de Mello⁴⁴ leciona que a utilização dos bens do Estado pelos particulares depende do tipo do bem (os de uso comum, de uso especial e dominical), mas se propõe em qualquer dessas categorias. Destarte, devem ser discernidas as modalidades de uso, conforme se trate de bem de uma ou outra tipologia.

Justen Filho⁴⁵, tratando dos modos como os administrados utilizam os bens públicos imóveis, elenca três principais institutos do direito administrativo, quais sejam,

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 24ª ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 737.

autorização de uso, permissão de uso e concessão de uso. Importa-nos por ora a concessão do uso para fins de moradia, prevista pela Medida Provisória 2.220/2001 e a concessão do próprio domínio a título gratuito e a novíssima modalidade de utilização por meio da “legitimação da posse” com a transcrição do título no registro imobiliário prevista na Lei 11.977/2009.

A douta Di Pietro⁴⁶ registra que alguns autores incluem a concessão como forma de alienação de bens públicos, porém, discorda desse posicionamento, afirmando que, na verdade, constitui em maneira de utilização do domínio público pelo particular. Segundo ela,

(...) assemelha-se, em determinadas hipóteses, ao instituto do aforamento ou enfiteuse e, nesse sentido, prende-se às origens do regime de terras no Brasil. Com efeito, após o descobrimento do Brasil, todas as terras eram públicas e a sua transferência aos particulares se dava pelo sistema de **concessão de cartas de sesmaria**, sob um regime semelhante à enfiteuse, ou por meio de doação. **Sesmaria** era uma área desmembrada do domínio público e **concedida** ao particular, para que este fizesse sua utilização econômica, conservando, no entanto, o monarca, a titularidade sobre o bem; o sesmeiro pagava ao rei determinados privilégios e, não cumprindo sua obrigação, ocorria o comisso, perdendo o direito sob a sesmaria.

Define Justen Filho a concessão de uso como sendo “contrato administrativo por meio do qual um particular é investido na faculdade de usar e gozar de bem público durante um período de tempo determinado, mediante o cumprimento de certas condições.”⁴⁷

Segue o mencionado autor na sua análise sobre essa modalidade de concessão dizendo que ela

(...) Não exige instrumentalização do bem objeto da concessão para realização do interesse público. Assim, pode ceder-se o uso privativo de certas áreas no âmbito de prédios públicos para o estabelecimento de restaurantes, por exemplo.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª Ed. Atlas: 2007, São Paulo. p.630

⁴⁷ Op. Cit., p. 738.

Trata-se de outorga dependente de licitação e que gera direito ao particular exigir ou o respeito do prazo previsto originalmente ou uma indenização por perdas e danos.

Quanto à Concessão de uso especial para fins de moradia, notemos que a própria denominação do instituto já traz consigo o caráter humanista e social que por ela se anuncia. Assim, de certa forma, buscou o legislador amenizar o problema do déficit habitacional há muito existente e que faz das cidades verdadeiros bolsões humanos e palco dos mais avassaladores contrastes sociais, a despeito de a Constituição aduzir, expressamente, ser a moradia um direito de todos.

Este instituto foi previsto primeiramente no art. 4º, V, “g” e nos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, porém, à época, o chefe do Executivo vetara tais artigos, sob o argumento de que: algumas expressões neles inseridas poderiam gerar demandas injustificadas do direito de concessão de uso especial por parte dos ocupantes de habitações de até 250m² de área edificada; os mesmos artigos não ressalvaram o direito à concessão dos imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, como também as áreas de interesse à defesa nacional, preservação ambiental ou destinadas a obras públicas; e também pela ausência de data-limite para aquisição desse direito; e por fim a não definição de prazo para Administração processar os pedidos de direito de uso.⁴⁸

Analisando a mensagem do veto do Presidente aos artigos citados, colhemos que ele reconheceu a importância do instituto e que por isso se dispunha a submeter ao Congresso Nacional outro texto normativo que viesse sanar as imprecisões apontadas, o que acabou ocorrendo com a edição da Medida Provisória 2.220/2001, ainda em vigor, pois não convertida em lei.

Pela leitura dessa MP, conclui-se que houve uma substancial alteração do disposto nos arts. 15 a 20 vetados do Estatuto da Terra, posto que, agora, a concessão de uso especial para fins de moradia passa a ser um direito subjetivo potestativo oponível,

⁴⁸ ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da Rocha. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

inclusive, contra a própria Administração por aquele que fizer jus ao direito, ou seja, tivesse preenchido todos os requisitos previstos na norma até a data de 30/06/2001.⁴⁹

Di Pietro define essa forma de concessão como

Ato administrativo vinculado pelo qual o Poder Público reconhece, gratuitamente, o direito real de uso de imóvel público de até duzentos e cinquenta metros quadrados àquele que o possui, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, para sua moradia ou de sua família.⁵⁰

Vê-se que tal instituto trata-se de verdadeiro direito real, uma vez que é oponível contra terceiros, incluindo a própria Administração Pública, quando ocorridas as hipóteses de seu nascimento para o concessionário.

Assim, o jurisdicionado, somente perderá a concessão se acontecer das situações previstas no art. 8º, ou seja, quando der ao imóvel destinação diversa da moradia ou quando adquirir a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.

Ressalta Diógenes Gasparini, citado por Sílvio Luiz⁵¹, que a concessão é gratuita e não onerosa, nada podendo ser cobrado, sob pena de se desnaturar o instituto, sendo nulo qualquer ato que impuser quaisquer obrigações além das previstas pela MP.

A MP 2.220/2001 ainda previu no seu art. 6º e parágrafos seguintes, a possibilidade de população de baixa renda, que mora em área onde não seja possível identificar cada um dos terrenos ocupados pelos possuidores, requererem a concessão de forma coletiva. Devendo, nesse caso, haver atribuição de fração ideal do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno ocupado, com exceção de haver acordo escrito disciplinando as frações ideais entre os ocupantes.

Importante destacar a preocupação do Chefe do Executivo quando vetou os artigos 15 a 20 da Lei 10.257/2001, sob o argumento de causar embaraço quanto à situação dos bens de uso comum do povo, v.g., ruas, praças, áreas destinadas a obras públicas etc.

⁴⁹ Vide Medida Provisória 2.220/2001, art. 1º “caput”

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, in Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001, p. 165.

⁵¹ Gasparini, Diógenes apud Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, p. 107.

Mas, permitindo-se a concessão somente de bens de uso especial e dos bens dominicais, leva-se à conclusão que a necessidade de se dá uma atribuição social à propriedade pública, recai unicamente sobre esses tipos de bens, isto é, vindo à baila, o mote suscitado de que a incidência do aludido Princípio Constitucional da Propriedade se dá nos domínios de uma forma geral, privados e públicos, sem exceção.

Todavia, equivocada retromencionada conclusão, pois toda a propriedade pública é sujeita ao preceptivo constitucional em voga, o que ocorre é que seus efeitos irradiam de diferentes maneiras com relação ao Estado-administração, a depender se é bem de uso especial, de uso comum ou dominical. Portanto, pertinente o estudo em separado de cada um, como adiante faremos.

1.1. FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE USO ESPECIAL

Nada obstante haver, reconhecidamente, certa identidade entre os bens de uso especial e os de uso comum, assim como aplicação recíproca de casos de função social em uma e outra modalidade, de bom alvitre tratar da incidência desse preceito constitucional em cada regime de bens destacadamente, fins de uma melhor apreensão do tema em voga.

Tratando de definir essa espécie de bem, não deixando de ressaltar as similitudes com os de uso comum, como já apontado, Carvalho Filho⁵² sustenta serem

Aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. Da mesma forma que os de uso comum do povo, podem ser federais, estaduais e municipais.

Prossegue o eminente escritor afirmando que os indivíduos podem utilizá-los na medida em que algumas vezes precisam estar presentes nas repartições, contudo, a forma de utilização observará as condições previamente estabelecidas pelo ente público.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

Por fim, aduz que não perdem a característica de bens de uso especial aqueles que, objetivando a prestação de serviços públicos, estejam sendo utilizados por particulares, mormente aqueles sob delegação

Ora, assim sendo, onde se apresenta o decantado princípio nessa hipótese de bem, tendo em vista afirmarmos que ele por si só não é e nem tem função social?

A função social dos bens de uso especial emana, como regra geral, do atendimento ao fim a que estão previamente destinados. E essa destinação deve ser feita pelo próprio Poder Público, na forma, v.g., disposta no Estatuto da Cidade ou no Plano Diretor.

Porém, o professor Ferreira da Rocha⁵³, chama a atenção para um fato curioso nesse ponto. Segundo ele, é possível haver conflito entre o uso especial, eleito pelo ente administrativo, e a interpretação da correta função social a ser dada ao bem, como no caso em que uma extensa área pública, localizada em área densamente habitada, está sendo usada como pátio de estacionamento de veículos imprestáveis à Administração. A questão é a de saber se o imóvel público pode ser considerado subutilizado à luz das diretrizes do Plano Diretor e, com isso, sujeitar-se às sanções previstas no Estatuto da Cidade, ou não. Diógenes Gasparini⁵⁴ arremata

(...) em qualquer hipótese seu uso deve atender à legislação dos demais entes federados, como é o caso da lei municipal de uso e ocupação do solo urbano e da lei estadual de proteção aos mananciais. E, enquanto guardarem essa destinação são inalienáveis.

Ainda o eminente professor da PUC de São Paulo, Ferreira da Rocha⁵⁵ aponta sua discordância quanto à posição daquele doutrinador:

Os destinatários da obrigação de aproveitamento mínimo seriam os proprietários de imóveis urbanos situados em área incluída no Plano Diretor, entre eles, as pessoas físicas ou jurídicas privadas, titulares do domínio e de outros direitos reais, e as pessoas governamentais, como as sociedades de economia mista

⁵³ Op. Cit., p. 139

⁵⁴ Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵⁵ Diógenes Gasparini apud Ferreira da Rocha, p. 140.

e as empresas públicas, excluídos os Estados, a União e as autarquias e fundações públicas.

Veja que para Gasparini, não se pode considerar os proprietários públicos, destinatários de certas imposições, “mesmo que seus imóveis estejam em área incluída no Plano Diretor e haja lei municipal disciplinando o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios.”⁵⁶ Pois, segundo o autor, o contrário significaria quebra da autonomia e interdependência dos entes e quebra do pacto federativo.

No entanto, diverso é o posicionamento de Ferreira da Rocha, quando rechaça a idéia de intervenção indevida de um ente federado em outro o fato de os bens de uso especial, pertencentes à União e aos Estados, estarem sujeitos às sanções previstas no Estatuto da Cidade, pelo descumprimento do Plano Urbanístico.

Os limites à ação dos entes da federação em relação a bens pertencentes a outros entes encontram-se delineados no texto constitucional. A não-intervenção não configura um princípio ou regra apta a impedir a aplicação de sanções aos bens públicos urbanos que não cumpram a função social das cidades previstas no Estatuto.

Ao contrário, a função social da propriedade informa e conforma o conteúdo de todas as propriedades, inclusive as públicas, pois as normas daquele Estatuto buscam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana pública.

Acertada a conclusão do mestre Ferreira da Rocha, uma vez que encontra arrimo tanto no Estatuto da Cidade quanto na própria Constituição. É só observar que o Estatuto não discrimina as propriedades públicas e privadas na administração do pleno desenvolvimento da função social, além do que, num Estado de Direito, estandarte da Carta Cidadã, não se olvida a submissão do próprio Estado-administração, e de seus bens, ao regramento legal e constitucional, o que se justifica pela tese de que não se admite atuação de quem quer que seja acima ou fora do ordenamento jurídico.

⁵⁶ Op. Cit. P. 139

1.2. FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DE USO COMUM

Na precisa lição de Gasparini, bens de uso comum “são as coisas móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público, usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo.”⁵⁷ Exemplificando, temos os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças, as áreas verdes e de lazer.

Continuando na esteira de Ferreira da Rocha,

Os bens de uso comum cumprem função social quando se permite o desfrute deles, individualmente, de modo igualitário, por todos os membros da coletividade, sem distinção entre nacionais ou estrangeiros, e independentemente de qualquer ato prévio da administração que o deva autorizar.⁵⁸

O exemplo mais claro dessa forma de incidir a função social sobre tal modalidade de bem público vislumbra-se também na Constituição Federal, asseverando, v.g., a liberdade para se fazer reuniões em locais públicos, como praças, canteiros, sem, a necessidade de autorização da Administração para tanto.⁵⁹ Da mesma forma, facilmente se enxerga a violação ao comando do preceito fundamental, quando não houver essa utilização coletiva igualitária, ou seja, havendo preferência por determinado agrupamento seletivo no uso do bem, violada estará a função social.

Concordando com as palavras de Ferreira da Rocha, Maria Sylvia Z. Di Pietro conclui que “a função social dos bens de uso comum confunde-se, num primeiro momento, com o destino aceito e previsto no ordenamento jurídico para os bens de uso comum e com a possibilidade de uso privativo destes bens pelos particulares”.⁶⁰

Outra forma de se observar a presença da função social nos bens de uso comum, é a possibilidade de ocupação, por famílias pobres, de áreas localizadas em lotes cujo destino é o de servir de espaços livres de uso público, com a posterior regularização desses terrenos pelo Estado, afastando a primeira destinação dada a eles.

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.808

⁵⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. Temas de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 129.

⁵⁹ Vide Constituição Federal – art. 5º, XVI

⁶⁰ Op cit., p. 569.

Assim, com essa mensagem, é que surgiu a Medida Provisória 2.220/2001, da qual já discorreremos alhures. Veja que num primeiro momento, tem-se o exercício do poder discricionário da Administração, quando a MP faculta ao Estado a concessão do uso especial para fins de moradia aos que preencherem todos os requisitos em determinada área pública. Todavia, em outro momento, transfigura-se em vinculado, uma vez que cumpridas todas as exigências da MP, o particular se investe de um direito subjetivo contra a Administração que lhe assegura a pretensão de exigir, ainda que em outro lugar, o direito de morar em um *imóvel público*.

Para finalizar esse tópico, mister refletirmos sobre uma hipotética, porém possível, situação. Mas se os posseiros de imóvel público não estiverem enquadrados nos mencionados requisitos para concessão do uso especial, há possibilidade de sua permanência, bastando tão só a invocação do Princípio da Função Social da Propriedade?

A resposta positiva a esse questionamento vai depender dos interesses juridicamente relevantes envolvidos em relação ao direito de propriedade examinados em cada caso. Com o fito de ilustração, fazemos menção ao Agravo de Instrumento 335.347-5/00 oriundo do Tribunal de Justiça de São, onde se negou a pretensão da Prefeitura paulistana de reaver dado bem de sua propriedade ante a situação dos ocupantes daquele imóvel.

De lavra do Desembargador relator do caso Rui Stoco, aquela decisão veio, a bem da verdade, ao encontro da decantada justiça constitucional, por vezes mencionada nesse trabalho monográfico, e ratifica a leitura do princípio sob exame que é feita por boa parte da doutrina. Ao desprover o recurso da prefeitura, o E. Julgador Relator asseverou:

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. Ademais, a invasão de terras improdutivas ou não aproveitadas convenientemente ou a ocupação de “sobras” mal utilizadas ou não utilizadas pelo Poder Público, por parte de pessoas doentes e desamparadas, está a revelar um desacerto social, um desvio de rumo e um

indício de que alguma coisa não vai muito bem na distribuição de renda e no cumprimento dos objetivos do Estado, estabelecidos expressamente na Constituição Federal.

(...)

O desacerto de uma desocupação que, se por um lado, libera uma pequeníssimo naco de terra pertencente ao Poder Público, que nada significa em termos universais, por outro cria um problema social e ofende o direito à sobrevivência, assim como avilta a Carta Magna, que coloca no ápice da proteção à vida, os menores e os enfermos.⁶¹

1.3. FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DOMINICAIS

Os bens dominicais são aqueles que pertencem ao acervo do Poder Público sem, destinação especial. São considerados como se fossem de domínio privado do Estado, ‘do patrimônio disponível’, em relação aos quais, o mesmo agiria como ‘dono’ ou ‘proprietário particular’.⁶²

Diante desse conceito, Di Pietro obtempera que, por não serem destinados a um fim específico, eles não desempenham, por sua própria natureza, um função social,

(...) porquanto, se assim fosse, deixariam de ser dominicais para entrar em uma das outras duas modalidades. (...) o Estado exerce sobre eles direito real de propriedade muito semelhante ao do particular, razão pela qual, no silêncio da lei, são regidos por normas de direito privado.⁶³

Dessa forma, não estando os bens dominicais vinculados a um fim específico estatuído em lei, essa, muito mais que as outras espécies de bens, subordina-se, integralmente, às regras concretizadoras do Princípio da Função Social da Propriedade.

Conclui Ferreira da Rocha⁶⁴ que “é possível que o ente público, titular de tais bens, veja-se forçado, mesmo contra a sua vontade, ter que realizar neles obras de parcelamento, edificação ou tê-los desapropriados.” Lembremos que a desapropriação

⁶¹ TJSP – 3ª C. de Direito público; AI 335.347-5/00-SP; rel. Des. Rui Stoco; J. 21.10.2003.

⁶² FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Administrativo . 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P.58

⁶³ Op. Cit., p. 45

⁶⁴ Op. Cit., p. 146

(como já discorrido alhures) é uma das conseqüências jurídicas arroladas pela Constituição e o Estatuto da Cidade que se impõe ao proprietário de imóvel que não lhe dá funcionalidade.

Quanto à possibilidade da desapropriação do bem público, volvemos para a dissertação da professora Letícia Queiroz de Andrade⁶⁵, segundo a qual

A encampação jurídica da Teoria da Função Social da Propriedade, inicialmente formulada em bases estritamente morais, provocou a inclusão de deveres de cunho positivo entre os deveres e poderes inerentes ao direito de propriedade.

(...)

Os que encontram na Teoria da Função Social da Propriedade o fundamento jurídico da desapropriação consideram que a sujeição à desapropriação seria um desses deveres inerentes ao direito de propriedade, como decorrência do reconhecimento jurídico de sua função social.

Se o bem público almejado não estiver preposto a uma utilidade pública, a desapropriação será sempre possível, pois, com ela, esse bem passará a desempenhar alguma função, seja direta ou indireta, com relação à utilidade pública visada pela desapropriação.

Imaginemos, por fim, que exista em dado município parcela significativa de sua população que é contabilizada em déficit habitacional, ou seja, não possuem uma casa para morar ou mesmo residem em habitações de risco ou irregulares, ao passo que nesse mesmo município exista considerável gleba de terras subutilizada ou não utilizada de propriedade da União, que há anos está abandonada.

Cogitemos, ainda, que a prefeitura já tomou todas as providências necessárias e previstas na lei de regência no sentido de provocar o senhor-possuidor a exercer plenamente o seu direito de proprietário (aqui, lemos dever de dar funcionalidade social ao bem), frustradas todas elas, resta agora ao ente federativo lançar mão da desapropriação para, ao mesmo tempo, extirpar o imbróglio social, dar função ao imóvel subutilizado e “punir” o mau proprietário.

⁶⁵ Desapropriação de Bens Públicos à Luz do Princípio Federativo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É bem verdade que o Princípio da Função Social da Propriedade tem graus de eficácia diferenciados quando da incidência sobre uma relação jurídica de propriedade privada e sobre a relação de propriedade pública, não significando, contudo, que a relação jurídica de propriedade pública não sofra sua influência também. Assim, em se tratando de bens públicos, de uma forma geral, deve atuar sempre nas situações em que fique demonstrada uma esfera de proteção de interesses social e juridicamente relevantes.

Di Pietro sufraga em sua respeitável doutrina que a nossa Carta abraça, expressamente, o princípio da função social da propriedade privada “e também agasalha, embora com menos clareza, o princípio da função social da propriedade pública, que vem inserido de forma implícita em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana”.⁶⁶

Entendendo, destarte, que o princípio sob comento, estampado no inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal, também incide sobre a propriedade pública, podemos concluir que, caso o senhor-possuidor dessas propriedades, a Administração, não venha cumprir esse dever, sujeitar-se-á às conseqüências jurídicas aplicáveis ao mau proprietário.

Sendo certo que não incorrerá nas mesmas “sanções” estabelecidas ao particular, mas submeter-se-á a outras, como por exemplo, alienabilidade compulsória do bem público em favor do particular que, ao preencher todos os requisitos estatuídos na MP 2.220/2001, faz jus à concessão de uso especial de propriedade pública para fins de moradia, assemelhando-se, inclusive, aos casos do passado, v.g., em que se admitia a usucapibilidade dos bens dominicais. Pelo que, configura, outrossim, essa nova modalidade de concessão, um eficaz meio para o atingimento dos pensamentos diretivos estampados no preceptivo constitucional.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Uso Privativo de Bem Público Por Particular*. São Paulo: Atlas, 2010, p.232.

A despeito da ultrapassada regra da inalienabilidade dos bens públicos e suas implicações *prima facie*, essa pode deixar de ser aplicada, em razão dos embasamentos substanciais considerados pelo aplicador do direito, diante de um caso concreto, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra.

Ora, examinando a razão que fundamenta a própria regra para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido de hipótese normativa, ou ainda recorrendo-se a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela. Aqui se alvitra, a título de ilustração, além da função social, o direito à moradia, e a dignidade da pessoa humana, em detrimento da “regra” da inalienabilidade do patrimônio imobiliário estatal.

Roque Antônio Carrazza aduz ser aludido princípio, *mutatis mutandis*, enunciado lógico, que ocupa posição de “preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”⁶⁷

Em outras palavras, os princípios constitucionais, como o que ora estudamos, irradiam efeitos e iluminam a compreensão de todas as outras regras integradoras do edifício jurídico pátrio, não devendo, nem o intérprete, nem o aplicador do direito, olvidá-los sob a justificativa de existir regra normativa que com eles conflita.

Superados eventuais apontamentos quanto à antinomia normativa, vimos que o Princípio da Função Social da Propriedade não é um fim em si mesmo, mas estipula objetivos a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios a serem utilizados para atingi-los. Daí porque delinear-mos no transcurso deste trabalho monográfico o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia como um dos meios mais eficazes para a concretude dos ditames do preceptivo.

No capítulo versante sobre a concessão de imóvel público, vimos os avanços que o direito administrativo tem dado com o surgimento de novas modalidades de “doação”, em total atenção aos ditames constitucionais. Citamos, v.g., a Lei 11.977/2009 que trouxe novidades que vão muito além da tão só concessão gratuita, pois, com o novo instituto da legitimação da posse, por ela trazido, demonstrou a

⁶⁷ CARRAZA, Roque Antônio apud ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149.

consonância do legislador ordinário com o constituinte de 1988, ao entabular meios efetivos de redução das desigualdades sociais e do déficit habitacional, com vistas ao estabelecimento de uma justiça social plenamente eficaz.

Em suma, todo o discurso ora feito em torno do abailado princípio como o causador da alienabilidade compulsória do bem público na situação prevista pela Medida Provisória 2.220/2001, na verdade, resume-se, como mencionado no intróito deste trabalho, numa só palavra: justiça, ou na locução *Justiça Constitucional*.

Dispensando-se outros comentários possíveis a respeito dessa noção, findamos com os magistrais ensinamentos de Aristóteles na sua *Ética à Nicômaco*, para quem a justiça não era uma parte da virtude, mas sim a virtude inteira, assim como a injustiça não consistia em parte do vício, mas no vício todo.⁶⁸

Na dicção de Miguel Reale, a justiça não é senão “a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.”⁶⁹

Com assento na doutrina de Reale, estabelecemos, inicialmente, essa noção histórico-social, o que nos levou à conclusão de que a Justiça Constitucional por Canotilho defendida, repisada por Uadi Bulos, e aqui, modestamente reproduzida, ao se defender à interpretação mais abrangente possível do princípio da função social, chegando a irradiar seus efeitos sobre os bens do Estado, identifica-se, indubitável e advertidamente, com o *bem comum* de uma dada coletividade em um dado momento histórico, o que leva, indelevelmente à legitimação e validação da Lei Maior do Estado.

⁶⁸ BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶⁹ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p.272.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo 2001, p.151

BORGES, P. Torminn. *Institutos básicos do direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 8-9.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 127.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 1998, p. 49-53

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Reforma Agrária: um estudo jurídico*. Belém: CEJUP, 1993. P.58

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* São Paulo: Malheiros, 2010

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, PP. 1.086-1.087

BARRUFINI, José C. Tosetti. *Usucapião Constitucional Urbano e Rural – Função Social da Propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998, p.6.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública. Temas de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 63.

Constituição Federal de 1988

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. P.820.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3ª Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

NAVARRO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade

Lei nº 11.977/2009

Medida Provisória 2.220/2001

- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 4ª ed. Vol. V. São Paulo: Atlas, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito das Coisas. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 109.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 157
- DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. Vol. 4º. Saraiva: São Paulo, 2006.
- JUSTEM FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª Ed. Atlas: 2007, São Paulo. P.630
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, in Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001, p. 165.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 805-809
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Administrativo . 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P.58
- ANDRADE, Letícia Queiroz de. Desapropriação de Bens Públicos à Luz do Princípio Federativo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Uso Privativo de Bem Público Por Particular. São Paulo: Atlas, 2010, p.232.
- BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2009.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p.272.
- JUSTEM FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 701-702
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2010. P. 913
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo 19ª edição. Lumen Juris: São Paulo, 2006. P. 999.