Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Igor Sporch da Costa

A função social da propriedade pública urbana e as novas compreensões sobre o interesse público: em busca de uma gestão dos bens públicos urbanos adequada ao direito à cidade

Rio de Janeiro

2019

Igor Sporch da Costa

A função social da propriedade pública urbana e as novas compreensões sobre o interesse público: em busca de uma gestão dos bens públicos urbanos adequada ao direito à cidade

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e à *Ecole doctorale de droit public et droit fiscal* da *Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne*, em regime de cotutela entre as duas universidades. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito das Relações Sociais e *Droit Public.*

Orientador: Profª. Dra. Arícia Fernandes Correia

Co-orientador: Prof. Dr. Norbert Foulquier

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C837 Costa, Igor Sporch da.

A função social da propriedade pública urbana e as novas compreensões sobre o interesse público: em busca de uma gestão dos bens públicos urbanos adequada ao direito à cidade / Igor Sporch Costa. - 2019.
650 f.
Orientadora: Prof. Dra. Profª. Dra. Arícia Fernandes Correia.
Co-orientador : Prof. Dr. Norbert Foulquier
Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.
Convênio realizado em cotutela entre a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e *Université Paris 1*, *Panthéon-Sorbonne*.

1. Propriedade pública - Teses. 2. Direito comparado - Teses.
3. Interesse público – Teses. I. Correia, Arícia Fernandes. II. Foulquier, Norbert . III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. *Université Paris 1*, *Panthéon-Sorbonne*. V. Título.

CDU 347.23

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Igor Sporch da Costa

A função social da propriedade pública urbana e as novas compreensões sobre o interesse público: em busca de uma gestão dos bens públicos urbanos adequada ao direito à cidade

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e à *Ecole doctorale de droit public et droit fiscal* da *Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne*, em regime de cotutela entre as duas universidades. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito das Relações Sociais e *Droit Public.*

Aprovada em 18 de dezembro de 2019.

Banca Examinadora: _____

Profª. Dra. Arícia Fernandes Correia (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Norbert Foulquier (Co-orientador)

Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

_____

Profª. Dra. Ângela Moulin Simões Penalva Santos

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Dra. Vânia Siciliano Aiêta

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Jean-Charles Rotoullie

Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

_____

Profª. Dra. Rosângela Marina Luft

Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional – UFRJ

_____

Prof. Dr. Frédéric Rolin

Université Paris XI – Sceaux

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTOS

No momento em que me proponho a escrever estas linhas, diversas situações e lugares veem à minha mente e, em cada uma destas lembranças, encontro as diversas pessoas que tornaram cada uma destas ocasiões dignas de serem recordadas. Assim, é chegada a hora de agradecer e agradecer é reconhecer que o êxito no objetivo alcançado somente foi possível porque outros tornaram real aquilo que somente existia em sonhos.

Aos amigos da Universidade Estadual de Ponta Grossa, obrigado por possibilitarem que eu me licenciasse das minhas atividades docentes para dedicar-me às atividades do doutorado. Entre todos, gostaria de agradecer especialmente a Adelângela de Arruda Moura Steudel, Christina Miranda Ribas, João Irineu de Rezende Miranda, Maria Marce Moliani, Murilo Duarte Costa Correa e Zilda Mara Consalter. Muito obrigado pelos conselhos, indicações de bibliografias, discussões, apoio e amizade durante esta jornada e, principalmente, nos momentos mais difíceis.

No Rio de Janeiro, obrigado a Diana Paula de Souza e aos meus primos Eduardo Sporch da Costa Júnior e Patrícia Moreira, afinal, todos foram o meu porto seguro na "Cidade Maravilhosa". Ainda no Rio de Janeiro, não posso me olvidar de Bianca de Fátima Teixeira Caldas, de Luciana Albuquerque Lima, de Cláudia Souza Mendes da Silva e de Glauco André Fonseca Wamburg. Encontramo-nos na UERJ e juntos compartilhamos conhecimentos e descobertas, dividimos frustrações e inseguranças, mas, principalmente, multiplicamos alegrias.

Aos professores e demais funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ com os quais tive oportunidade de conviver diretamente. Assim, agradeço a Sônia Leitão pela presteza e apoio em todas as questões administrativas. Aos professores Emílio Dellasoppa, José Ricardo Cunha, Marco Aurélio Marrafon, Marcos Alcino de Azevedo Torres, Maria Beatriz de Albuquerque David, Maurício Jorge Pereira da Mota e Rosângela Maria de Azevedo Gomes. Muito obrigado pelas lições, debates, indicações de bibliografias e sugestões.

No que concerne aos professores da linha de Direito da Cidade, gostaria de agradecer, de maneira especial, à professora Vânia Siciliano Aiêta. Muito obrigado pelas lições transmitidas, pelos conselhos, pela alegria, pela amizade e por buscar auxiliar-me em todas as situações.

À professora Ângela Moulin Simões Penalva Santos por seus ensinamentos, suas sugestões e por apresentar-me múltiplas perspectivas de análise. Certamente, todos estes elementos me enriqueceram de forma imensurável. Especialmente, gostaria de agradecer o carinho demonstrado seja em nossas conversas e caminhadas por Paris ou pelo Rio de Janeiro, seja nos momentos mais difíceis desta longa jornada.

À minha orientadora, professora Arícia Fernandes Correia. Além dos ensinamentos acadêmicos, também levarei comigo o seu carinho maternal. Você me encorajou e acreditou em mim em momentos que nem mesmo eu acreditava. Você se alegrou e sofreu comigo em cada etapa da caminhada, independentemente desta se realizar no Brasil ou na França. Muito obrigado por tamanha atenção e amizade.

Em Paris, obrigado à Cité Universitaire, à Maison du Brésil e à sua equipe: Denise Leitão, Frederico de Sá Filho, Leda Guillemette, Simita Delaire etc. Jamais poderei me esquecer daqueles que me apoiaram na minha chegada e na minha partida, que dividiram comigo as diversas emoções de viver em uma terra que, inicialmente, era estranha, mas que, com o tempo, passamos a reconhecer como "nossa cidade fora do Brasil". Obrigado aos inúmeros amigos brasileiros e estrangeiros: Alexandra Gouvea Dumas; Aline Passos; Amyr Borges; Ananias Queiroga de Oliveira Filho; Ângela Teixeira Artur; Carine Wink Lopes; Cynara Kern; Débora Becker; Diogo Borges; Eda Maria Machado Franco; Eraci Gonçalves de Oliveira; Fabiano Victor de Oliveira Campos; Francine Ditaldi; Guilherme Dias de Mello; Gustavo de Andrade Durão; Lara Vogt; Luana Marques; Marcos Denilson Guimarães; Marcela Silva; Maria Trouilh; Maria Carolina Schlittler; Mariana Ferreira Pombo; Mariem Marrakchi; Martha Raíssa Iane Santana da Silva; Maurício da Silva Neubern; Maximilian Beer; Micael Cabrera Carvalho; Priscilla Kelly Figueiredo; Rafael Freitas D'Arrigo; Raphael Guilherme Gonçalves de Carvalho; Renata Nunes Pereira Melo; Ricardo Colturato Festi; Rodrigo Nogueira; Sandra Cutcher; Sarah Brandão Palácio; Sofia Cevallos Vivar; Tatiane Tavares; Thiago Melo Grabois; Urbano Cavalcante da Silva Filho. Com vocês, a frase de Hemingway ganhou um sentido completamente novo e literal, o que, neste momento, faz-me recordar a fala de Humphrey Bogart que tantas vezes repetimos.

Ainda gostaria de agradecer à Université Paris 1, em especial, à École Doctorale de Droit Public et de Droit Fiscal de la Sorbonne e o faço por meio de Mme. Marie-Anne Cohendet, que me acolheu gentilmente durante toda a minha estadia. Obrigado, também, ao SERDEAUT – Sorbonne Etudes et Recherche en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement, de l'Urbanisme et du Tourisme – notadamente a Mme. Catherine Morel, Mme. Francine Suzon e ao professor M. Frédéric Rolin, sempre solícitos em me auxiliar em tudo que eu necessitasse.

Além destes, não poderia esquecer dos amigos e companheiros de pesquisas Eloísa Dias Gonçalves e Kwangjin Moon.

Ao meu orientador, professor M. Norbert Foulquier que, gentilmente, aceitou-me sob sua orientação, acolheu-me em Paris, permitiu-me acompanhar suas aulas e me disponibilizou todos os meios para que eu realizasse minhas investigações. Se não bastasse tudo isso, pacientemente, guiou-me em meus trabalhos, desde as indicações de fontes de pesquisa até a redação final do texto. Todas as suas críticas, apontamentos e sugestões estão estampadas nesta tese e sem elas, com certeza, esta pesquisa não atingiria o seu escopo.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que se engajaram no árduo trabalho de tornarem a versão francesa inteligível e o faço por meio do meu muito obrigado a François Ducerisier e Jacky Georges Désiré Burckhardt. Meu muito obrigado também a Marcelo Rezende Young Blood, a Nilson Sant'ana pela atenção dispensada após o meu retorno ao Brasil.

À amiga Rosângela Marina Luft que me possibilitou a realização de um sonho, guiou-me até Paris e pelas ruas da "Cidade Luz". Você esteve comigo nas ocasiões alegres e difíceis e, nos momentos de fadiga ou de pânico, motivando-me a continuar. Nunca poderei retribuir tudo o que você fez por mim.

Obrigado à toda a minha família. De um lado, obrigado à minha mãe Geusa, ao meu irmão Ícaro e à minha cunhada Luísa por todo o apoio na caminhada e pela compreensão de minhas ausências. Lado outro, agradeço aos meus sogros João e Maria Tereza e aos meus cunhados Guilherme e Isabella pela atenção e carinho. A todos vocês que são parte desta família, não tenho como agradecer o amor incondicional que todos vocês demonstraram.

À Júlia, minha esposa, a "dona da minha cabeça", obrigado por tudo. Obrigado simplesmente por você existir e tornar "este dia branco". Para você, sempre, todo o meu amor.

RESUMO

COSTA, Igor Sporch da. *A função social da propriedade pública urbana e as novas compreensões sobre o interesse público: em busca de uma gestão dos bens públicos urbanos adequada ao direito à cidade*. 650 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

A pesquisa analisou o atual fundamento jurídico da propriedade pública urbana no Brasil e os seus impactos sobre a gestão dos bens públicos urbanos. Para lograr êxito, adotou-se o método dedutivo-interpretativo subsidiado, notadamente, por pesquisas bibliográficas e legislativas em fontes brasileiras e dos Estados da Europa latina ocidental – Portugal, Espanha, Itália e França. Isto denota que a pesquisa em direito comparado foi um dos principais expedientes metodológicos empregados. Estes elementos permitiram construir um esquema conceitual e exegético. Por meio dele se definiram os conteúdos semânticos e normativos das categorias "interesse público", "direito à cidade", "função social" e "função social da propriedade pública urbana" e se demonstrou as inter-relações entre elas. Assim, as novas teorizações sobre o interesse público o identificam à realização dos direitos fundamentais, o que permite reconhecer a propriedade pública urbana como uma função social. Afinal, esta espécie proprietária se justifica em razão da participação dos bens públicos na realização do direito à cidade, o que denota os impactos da função social da propriedade pública urbana. Ela conforma as prerrogativas dos proprietários públicos, dos não-proprietários e dos beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos urbanos. Ela determina o exercício destas prerrogativas, as possibilidades de afetação destes bens e justifica a democratização do processo decisório sobre o destino deles. Portanto, pode-se afirmar que os resultados obtidos com a pesquisa fornecem elementos que permitem reconstruir a teoria dos bens públicos urbanos/propriedade pública urbana e fixar parâmetros para a adequada gestão destes bens.

Palavras-chave: Propriedade pública urbana. Função social da propriedade pública urbana. Gestão dos bens públicos urbanos. Interesse público. Direito comparado.

ABSTRACT

COSTA, Igor Sporch da. *The social function of urban public property and the new understandings on the public interest: in search of a proper management of urban public goods to the right to the city*. 650 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The research analyzed the current legal basis of urban public property in Brazil and its impacts on the management of urban public goods. In order to be successful, the deductive-interpretive method was adopted, which was supported by bibliographical and legislative research in Brazilian sources and in the western Latin European states - Portugal, Spain, Italy and France. This indicates that the research in comparative law was one of the main methods employed. These elements allowed to construct a conceptual and exegetical scheme. Through it the semantic and normative contents of the categories "public interest", "right to the city", "social function" and "social function of urban public property" were defined and the interrelations between them were demonstrated. Thus, the new theorizing about the public interest identifies it to the realization of fundamental rights, which allows to recognize urban public property as a social function. After all, this proprietary species is justified by the participation of public goods in the realization of the right to the city, which indicates the impacts of the social function of urban public property. It complies with the prerogatives of public owners, non-owners and beneficiaries of titles of private use of urban public goods. It determines the exercise of these prerogatives, the possibilities of affectation of these goods and justifies the democratization of the decision-making process about their destiny. Therefore, it can be affirmed that the results obtained with the research provide elements that allow to reconstruct the theory of urban public goods / urban public property and to establish parameters for the proper management of these goods.

Keywords: Urban public property. Social function of urban public property. Management of urban public goods. Public interest. Comparative law

RÉSUMÉ

COSTA, Igor Sporch da. *La fonction sociale de la propriété publique urbaine et les nouvelles conceptions de l'intérêt public : à la recherche d'une gestion des biens publics urbains adéquate au droit à la ville*. 650 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

La recherche a analysé l'actuel fondement juridique de la propriété publique urbaine au Brésil et ses impacts sur la gestion des biens publics urbains. Pour réussir, nous avons adopté la méthode déductive-interprétative, étayée par des recherches bibliographiques et législatives de sources brésiliennes et des États de l'Europe latine occidentale – Portugal, Espagne, Italie et France. Cela indique que la recherche en droit comparé était l'une des principales procédures méthodologiques employées. Ces éléments ont permis de construire un schéma conceptuel et interprétatif. À travers ce schéma, nous avons défini les contenus sémantiques et normatifs des catégories « intérêt public », « droit à la ville », « fonction sociale » et « fonction sociale de la propriété publique urbaine » et nous avons démontré les relations entre ces catégories. Ainsi, les nouvelles théorisations sur l'intérêt public l'ont identifié à la réalisation des droits fondamentaux, ce qui permet de reconnaître la propriété publique urbaine comme une fonction sociale. En fin de compte, cette espèce propriétaire est justifiée par la participation des biens publics à la réalisation du droit à la ville, ce qui indique les impacts de la fonction sociale de la propriété publique urbaine. Elle conforme les prérogatives des propriétaires publics, des non-propriétaires et des bénéficiaires de titres d'usage privatif des biens publics urbains. Elle détermine l'exercice de ces prérogatives, les possibilités d'affectation de ces biens et justifie la démocratisation de la prise de décision concernant leur destination. Ainsi, nous pouvons affirmer que les résultats obtenus dans cette recherche fournissent des éléments permettant de reconstituer la théorie des biens publics urbains / propriété publique urbaine et d'établir des paramètres pour l'adéquate gestion de ces biens.

Mots-clés : Propriété publique urbaine. Fonction sociale de la propriété publique urbaine. Gestion des biens publics urbains. Intérêt public. Droit comparé.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	**Algumas precisões terminológicas**	22
1.1	As duas acepções de patrimônio público	23
1.2	Os bens públicos	30
1.2.1	A acepção econômica dos bens públicos e a "tragédia dos comuns"	31
1.2.2	A acepção jurídica de bens públicos	35
1.2.3	A acepção adotada: os bens públicos, os bens sujeitos a vínculos de especial sujeição, o domínio público e os bens públicos urbanos	39
2	**Os principais aspectos metodológicos**	42
2.1	Hipótese e principais objetivos	43
2.2	Natureza dos dados	45
2.3	Técnicas e procedimentos metodológicos	46
3	**Plano de exposição: divisão das partes e capítulos**	49
	PARTE I – AS CONDIÇÕES DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA	51
1	**As características do direito de propriedade privada e as teorias da função social**	53
1.1	Os fundamentos do monismo jurídico proprietário	54
1.1.1	Algumas tentativas de explicação da origem da propriedade privada	56
1.1.2	Uma síntese do monismo jurídico proprietário	60
1.1.3	Apontamentos sobre a concepção socialista da propriedade privada	64
1.2	Algumas bases da teoria da função social da propriedade	70
1.2.1	A teoria do trabalho, de John Locke, e a sua evolução	71
1.2.2	León Duguit e a "funcionalização" da propriedade privada	78
1.2.3	A doutrina social da Igreja católica	89
2	**A densificação do interesse público urbanístico no Brasil**	101
2.1	A teoria do interesse público no Direito brasileiro	102
2.1.1	Apontamentos sobre a teoria do interesse público	103
2.1.2	A crítica da teoria do interesse público	111
2.1.3	A "crítica da crítica" da teoria do interesse público	116
2.1.4	Subsídios para uma releitura da teoria do interesse público	121
2.1.4.1	Os direitos fundamentais como conteúdo do interesse público	133
2.1.4.2	A reavaliação da "supremacia do interesse público sobre o privado"	142
2.1.4.3	A reavaliação da "indisponibilidade, pela Administração, do interesse público"	147
2.2	O direito à cidade como elemento teleológico da disciplina jurídica do urbanismo no Brasil	154
2.2.1	A ordenação espacial nos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental	157
2.2.1.1	A matriz franco-portuguesa	162
2.2.1.2	A matriz ítalo-espanhola	168
2.2.2	A ordenação espacial no sistema jurídico brasileiro: a centralidade da questão urbana	175
2.2.2.1	A finalidade da política urbana brasileira: o direito à cidade como densificação do interesse público	184

2.2.2.2 O direito à cidade no discurso jurídico e as consequências do reconhecimento do seu caráter deontológico 194
2.3 A funcionalização do direito de propriedade de imóveis urbanos no Brasil 202
2.3.1 A função social como determinadora da relação jurídica complexa de propriedade 205
2.3.2 Os conteúdos jurídicos da função social: uma análise a partir do discurso jurídico 210
2.3.3 A função social urbana como elemento definidor das prerrogativas proprietárias 218
2.3.4 Alguns mitos e impactos da função social sobre o regime jurídico proprietário privado 223
2.3.4.1 A teoria do esvaziamento econômico do conteúdo da propriedade 226
2.3.4.2 Os instrumentos para exigir o cumprimento da função social e suas consequências 234
2.3.4.2.1 A regulamentação dos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição 236
2.3.4.2.2 Os graus de descumprimento da função social 239
2.3.4.2.3 Os óbices à aplicação dos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição 247
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE I 254
PARTE II – A PROPRIEDADE PÚBLICA URBANA COMO FUNÇÃO SOCIAL: OS IMOVEIS PÚBLICOS E O EXERCÍCIO DAS PRERROGATIVAS PROPRIETÁRIAS PÚBLICAS COMO MEIOS DE REALIZAR O DIREITO À CIDADE 260
1 **O regime jurídico dos bens públicos e os impactos dos documentos locais de urbanismo: contribuições dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental** 262
1.1 Uma visão panorâmica sobre o regime jurídico dos bens públicos no Brasil e na Europa latina ocidental 263
1.1.1 A relação jurídica de pertença dos bens públicos urbanos 265
1.1.1.1 Teorias que negam a natureza jurídica proprietária 266
1.1.1.2 Teorias que afirmam a natureza jurídica proprietária 274
1.1.1.3 A falta de consenso da doutrina brasileira sobre o tema 287
1.1.2 O regime jurídico-constitucional dos bens públicos 290
1.1.3 A teoria da afetação e as duas principais classificações dos bens público no direito brasileiro: as influências francesa e italiana 298
1.1.3.1 A recepção da teoria da afetação pela doutrina brasileira 299
1.1.3.2 As bases francesas do Código Civil 303
1.1.3.2.1 A classificação segundo o Code Général de la Propriété des Personnes Publiques 305
1.1.3.2.2 Impactos da classificação francesa no Direito Ibérico 314
1.1.3.2.3 Impactos da classificação francesa no Código Civil brasileiro 320
1.1.3.3 As bases italianas do Código de Contabilidade Pública 325
1.2 Os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os bens públicos 329
1.2.1 A matriz franco-portuguesa 331
1.2.1.1 Os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os imóveis públicos no sistema francês 332
1.2.1.2 Os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os imóveis públicos no sistema português 336
1.2.1.3 Alguns elementos de síntese da matriz franco-portuguesa 340

1.2.2 Os impactos dos planos urbanísticos da matriz ítalo-espanhola sobre os imóveis e as ações públicas 343
1.2.3 O planejamento urbano local no ordenamento jurídico brasileiro e os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os imóveis e ações públicas 351
2 **A reconfiguração do regime jurídico dos bens públicos urbanos no Brasil** 362
2.1 Do domínio público ao reconhecimento da propriedade pública 364
2.1.1 Os fundamentos jurídicos da propriedade pública no direito positivo da Europa latina ocidental e do Brasil 365
2.1.2 A propriedade privada versus a titularidade dos bens públicos no Brasil 367
2.1.2.1 Uma comparação entre os atributos da propriedade privada e da titularidade pública 368
2.1.2.2 Continuação: uma comparação entre as prerrogativas proprietárias e as prerrogativas dos titulares dos bens públicos 372
2.1.2.3 Continuação: uma comparação entre as formalidades e características secundárias do direito de propriedade e da titularidade dos bens públicos 376
2.1.3 As bases para o reconhecimento da propriedade pública no direito positivo brasileiro 381
2.2 A função social da propriedade pública urbana: a propriedade pública urbana como função social urbanística 390
2.2.1 A função social como justificativa da propriedade pública urbana 392
2.2.1.1 Aquisição e alienação dos bens públicos urbanos 400
2.2.1.1.1 Formas de aquisição cujos fins são definidos expressamente pelo direito positivo 402
2.2.1.1.1.1 As formas de aquisição regidas pelo Direito Público 403
2.2.1.1.1.2 As formas de aquisição regidas pelo Direito Privado 415
2.2.1.1.1.3 A aquisição ex vi legis e a aquisição por meio de usucapião 419
2.2.1.1.2 Formas de aquisição cujos fins não são definidos expressamente pelo direito positivo 423
2.2.1.1.3 Meios de alienação dos bens públicos 426
2.2.1.2 O conteúdo jurídico da função social da propriedade pública urbana 432
2.2.1.3 A função social da propriedade pública urbana no discurso jurídico: a centralidade da afetação dos bens públicos urbanos 443
2.2.1.3.1 A afetação como ato de concretização da função social do imóvel público urbano 446
2.2.1.3.2 As formas e os efeitos dos atos de afetação e de desafetação 451
2.2.1.3.3 Os impactos da afetação e da desafetação na determinação do regime jurídico dos demais bens que compõem o patrimônio público urbano 459
2.2.2 A atual posição brasileira sobre a classificação dos bens públicos 467
2.2.3 A reconfiguração do regime jurídico constitucional dos bens públicos urbanos 476
2.2.3.1 A reconfiguração da inalienabilidade relativa dos bens públicos urbanos 478
2.2.3.2 A reconfiguração da imprescritibilidade dos bens públicos urbanos 481
2.2.3.3 A reconfiguração da impenhorabilidade/não-oneração dos bens públicos urbanos 487
2.3 Os impactos da função social da propriedade pública urbana sobre a gestão dos bens públicos urbanos 493
2.3.1 A democratização da gestão do patrimônio público urbano 497
2.3.2 A função social da propriedade pública urbana como definidora da discricionariedade administrativa na gestão dos bens públicos urbanos 508

2.3.2.1 A conformação da prerrogativa de aquisição de bens públicos urbanos 512
2.3.2.2 A conformação do ius abutendi pela função social da propriedade pública urbana 518
2.3.2.3 A conformação do ius utendi e os reflexos sobre as demais prerrogativas proprietárias públicas 523
2.3.3 Formas de controle do cumprimento da função social da propriedade pública urbana 529
2.3.3.1 A inaplicabilidade do §4º, do artigo 182, da Constituição da República, aos imóveis públicos urbanos 530
2.3.3.2 Os controles administrativo e político interfederativos 532
2.3.3.3 O controle judicial do cumprimento da função social da propriedade pública urbana 541
2.3.3.3.1 O controle judicial durante o discurso de justificação dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico 542
2.3.3.3.2 Algumas hipóteses de ilicitude durante o discurso de aplicação da função social da propriedade pública urbana 554
2.3.3.3.3 Os instrumentos de controle judicial aplicáveis ao discurso de aplicação 557
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE II 569
CONCLUSÃO 584
REFERÊNCIAS 603
1 **Textos jurídico-normativos** 603
2 **Obras gerais e trabalhos acadêmicos** 617
3 **Artigos e capítulos de livros** 630
4 **Decisões jurisprudenciais** 640
5 **Conferências, sites da internet e outros documentos eletrônicos** 648

INTRODUÇÃO

"*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*"[1]. Esta máxima, surgida no período da Roma imperial e atribuída a Ulpiano, sobreviveu à desagregação medieval das instituições romanas e foi recuperada, juntamente com o restante do *Corpus Iuris Civilis*, durante o Renascimento. Na Idade Moderna, ela foi, mais uma vez, redescoberta e, contemporaneamente, a cada nova proposta de alteração das atribuições estatais, ela é constantemente ressuscitada.

Em cada um destes diferentes contextos, a sobredita máxima apresentou diferentes efeitos e sentidos sobre os institutos jurídicos, como ilustram os desenvolvimentos dos regimes jurídicos da propriedade privada e dos bens públicos. Especialmente, esta máxima interessa diretamente ao tema da função social da propriedade pública, no Brasil, que marca o novo grau na evolução do regime jurídico dos bens públicos urbanos brasileiros e que, por esta razão, será tratada nesta tese.

A constância do sobredito axioma pode levar a que se acredite na sua perenidade. No entanto, a eterna atualidade desta fórmula é apenas aparente, pois, o que se mantém válido é somente a sua forma, decorrente da simplicidade da construção da frase, mas não a sua substância: os sentidos dos vocábulos "público" e "privado".

Dessa forma, a compreensão do citado adágio, em cada um dos períodos em que ele foi utilizado, exige que se reconheça que, sob ele, escamoteia-se a divisão do âmbito decisório em duas esferas que, *a priori*, eram consideradas incomunicáveis e antagônicas. Em um lado estava a "esfera privada", o âmbito das decisões individuais, cujos efeitos, inicialmente, restringiam-se aos indivíduos envolvidos em uma dada relação jurídica. No lado oposto havia a "esfera pública" identificada como o âmbito das decisões coletivas e atribuídas à integralidade do grupo social, cujos efeitos impactavam a generalidade dos indivíduos.

Assim, a *summa diviso* do Direito – Direito Privado e Direito Público – nascida durante e em decorrência dos eventos que marcaram a Idade Moderna, refletia as concepções liberais sobre as decisões insertas em cada uma destas esferas[2]. A esfera privada era a sede dos

---

[1] Em uma tradução livre: "Direito público é o que se refere às coisas do Estado romano, direito privado é àquilo que se refere à utilidade das pessoas". (Iustiniani Digesta, Liber primus, I, §2. In: IUSTINIANUS IMPERATOR. *Corpus iuris civilis*. Organização: Iustiniani Institutiones, a cargo de Paulus Krueger; Iustiniani Digesta a cargo de Theodorus Mommsen. Berolini apud Weidmannos, 1889. p. 1/117.)

[2] VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Direito público e direito privado*: sob o prisma das relações jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. p. 11-14.

interesses individuais, o reino da liberdade e da igualdade entre os cidadãos – os valores supremos do liberalismo. Na outra esfera reinava o interesse público. Ela era o âmbito da soberania – do poder – e, portanto, devia ser contida para impedir máculas à esfera privada.

A primeira esfera era a base do Direito Privado, marcado pela isonomia – a igualdade formal – pela estabilidade[3], pela autonomia da vontade, por regras de caráter dispositivo e por relações jurídicas de coordenação. Ao se identificar aos indivíduos, os textos jurídico-normativos de Direito Privado eram considerados normais, pois tutelavam os interesses privados e a sua juridicidade decorria de sua legitimidade histórica, pois, remontava ao Direito Romano.

Por sua vez, a segunda esfera sustentava o Direito Público, marcado por textos jurídico-normativos que não podiam ser afastados pela vontade das partes. Estes criavam relações jurídicas de subordinação, o que conferia ao Direito Público um caráter excepcional ou exorbitante[4]. Assim, como algo que está fora da órbita considerada comum – representada pelo Direito Privado – o caráter jurídico do Direito Público moderno raramente foi buscado no Direito Romano. A sua juridicidade foi construída e afirmada paulatinamente, mediante a oposição aos institutos de Direito Privado ou por meio da sua reconfiguração.

Dessa forma, o Direito Público foi construído sobre a ideia de tutela do interesse público, compreendido, tradicionalmente, como a expressão coletiva dos interesses individuais e que, portanto, estava a cargo do Estado. Este interesse se caracterizava por sua supremacia face aos interesses individuais – o que explicava a verticalidade das relações jurídicas públicas – e por sua indisponibilidade – o que explicava a cogência das determinações estatais. Além disso, ele era mutável no tempo e no espaço para adequar a atuação estatal às alterações sociais.

Todas estas características denotam que a construção da *summa diviso* do Direito moderno se marcou pela tentativa de estabelecer uma rígida diferenciação entre o Direito Privado e o Direito Público e pelo caráter exorbitante das regras deste último e das prerrogativas públicas. Porém, esta divisão rígida durou por um curto lapso temporal, pois, ainda na vigência dos primeiros anos de solidificação do Estado Liberal, iniciou-se a paulatina fluidificação destas fronteiras.

No final do século XVIII, de forma tímida, iniciou-se o processo de ampliação da atuação estatal na economia e na vida social, o que se intensificou, lentamente, durante todo o

---

[3] Uma ilustração da estabilidade como elemento caracterizador das relações jurídicas de Direito Privado durante este período inicial pode ser encontrada no regime jurídico dos contratos, sustentado sobre uma versão forte do princípio *pacta sunt servanda* – os pactos devem ser cumpridos.

[4] Em que o prefixo *ex* significa exterior e *orbitæ* se refere à trajetória normal/comum de um corpo em relação a outro.

século XIX e princípio do século XX. Se, nos primeiros momentos, este processo se restringiu a alguns setores econômicos, com o tempo, ele se espraiou para além da Economia e atingiu diversos aspectos da vida em sociedade. Como decorrência desta ampliação, o Estado passou a criar estruturas e a empregar instrumentos jurídicos que, apesar de inspiradas no Direito Privado, receberam novas conformações no Direito Público. Assim, o processo de ampliação da atuação estatal se vinculou ao alargamento da esfera pública e à dilatação do interesse público, o que abalou, fortemente, as bases que sustentavam a *summa diviso* do Direito liberal[5].

A partir do início do século passado, em algumas partes do mundo, a expansão autoritária e/ou totalitária da esfera pública subjugou totalmente a esfera privada o que culminou com os dois principais conflitos bélicos que marcaram as primeiras décadas do Século XX. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a inauguração de um novo ciclo de crescimento econômico global, houve o surgimento de novos elementos que intensificaram a fluidificação das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado.

Entre estes elementos estão a centralidade das Constituições e dos direitos fundamentais e as tentativas de democratização das decisões públicas. Eles indicavam a interpenetração entre as esferas pública e privada e a eclosão de novos problemas que deviam ser absorvidos e solucionados pelo Direito Público. Ademais, devido aos horrores da Segunda Guerra Mundial, reconheceu-se que a realização dos direitos fundamentais era a finalidade do Estado e, consequentemente, do próprio Direito.

Neste sentido, os institutos de Direito Privado internalizaram finalidades públicas, as quais passaram a conformar os próprios direitos e prerrogativas individuais que os caracterizavam, como ilustra a função social da empresa, dos contratos e da propriedade. No que concerne ao Estado e ao Direito Público verificaram-se dois fenômenos. O primeiro se refere à ampliação da atuação estatal como agente econômico e como fomentador da economia. O segundo se relaciona aos impactos advindos do crescimento econômico, como, por exemplo, o êxodo rural, a ampliação das cidades, e o uso intensivo dos recursos naturais, os quais catalisaram o processo de autonomização de sub-ramos do Direito Administrativo. Este último fenômeno pode ser ilustrado pelo Direito Urbanístico e pelo Direito Ambiental, surgidos com o objetivo de racionalizar os recursos públicos envolvidos.

[5] Estas afirmações podem ser ilustradas pelo aumento das regras cogentes nos contratos laborais, o que culminou com o surgimento do Direito do Trabalho. Outro exemplo foi a ampliação das regras específicas aplicáveis a algumas espécies de bens, cujo objetivo era possibilitar que eles fossem empregados para gerar a maior utilidade econômica – o que iniciou a diversificação de regimes jurídicos proprietários. Enfim, as empresas estatais e os contratos administrativos, com suas cláusulas exorbitantes, também são ilustrações do processo de ampliação da atuação estatal acima mencionados.

Nas décadas de 1970 e 1980, este sistema entrou em crise. As pressões dos credores das dívidas públicas e as pressões sociais pela ampliação e melhoria das ações estatais levaram contribuíram para gerar uma crise de legitimidade do próprio Estado. Neste período, intensificaram-se as afirmações de que o Estado não desempenhava suas funções em prol da coletividade, mas, em benefício de grupos econômicos que possuíam maior proximidade com os agentes políticos.

Estas crises intensificaram a interpenetração e a interdependência entre as esferas pública e privada e permitiram reconhecer que o "público" ultrapassa o "estatal" e que os indivíduos e a sociedade podem contribuir para a realização dos direitos fundamentais. Entre as consequências desta percepção salienta-se a incorporação no sistema jurídico e nas Ciências Jurídicas de temas, de elementos, de instrumentos e de metodologias, que, até então, eram exclusivos de outras áreas do conhecimento. Outrossim, desenvolveram-se instrumentos que objetivavam, por meio de uma perspectiva interdisciplinar, responder aos novos problemas surgidos no período, como ilustram as tentativas de intensificar a participação democrática no processo de tomada de decisões públicas. Neste mesmo sentido, as políticas públicas – sua elaboração, avaliação e execução – tornaram-se temas de interesse jurídico, intensificando-se os mecanismos que possibilitavam o seu controle jurisdicional.

Assim, a sobredita periodização permite perceber que os sentidos de "interesse público" e de "interesse privado" cambiaram no decorrer do tempo, em consonância à complexidade social. Originalmente, o sentido de "interesse público" foi construído como a expressão coletiva dos interesses individuais ou como aquilo que é importante para a sociedade ou para o povo. Porém, com o tempo ele se identificou como o interesse estatal, uma vez que o Estado foi tomado como a representação antropomórfica da sociedade, em consonância à ilustração do Leviatã de Hobbes[6]. Esta identificação escamoteava que a definição do "interesse público" – e, por decorrência, do "interesse privado" – cabia ao Governo, a uma elite, a uma classe, à maioria – ainda que em detrimento da minoria. Todavia, a partir dos eventos que marcaram a primeira metade do século XX e das crises dos anos 1970/1980, um elemento que já se fazia presente desde a criação da *summa diviso* do Direito tornou-se claro: a conexão estrutural entre os interesses público e privado[7].

---

[6] HOBBES, Thomas apud CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999. p. 80, 82 e 66-67.

[7] A conexão estrutural deixa claro que as regras insertas em um ramo do direito podem, também, proteger os interesses identificados como pertencentes ao outro, como ocorre, por exemplo, no direito de família. Ademais, há casos em que a realização do interesse público exige a satisfação de um interesse privado e o emprego do direito privado, enquanto, em outros casos, a realização do interesse individual depende da realização do interesse público e da aplicação do direito público. Em síntese, portanto, os fenômenos de "publicização do

Ademais, a citada periodização permite constatar o caráter plurissignificativo do vocábulo "público" – e, portanto, do "interesse público". Ela possibilita perceber, também, que esta multiplicidade semântica decorre de inúmeros fatores ligados à dinâmica social, por exemplo: questões políticas e econômicas; mudança nos valores sociais; construções teóricas jurídicas e extrajurídicas. Assim, todos estes elementos se apresentam como variáveis interdependentes, uma vez que se influenciam mutuamente[8].

Neste sentido, pode-se afirmar que a produção jurídica – leis, atos administrativos, jurisprudência ou doutrina – cristaliza, em certa medida, um determinado sentido – ou conjunto de possíveis sentidos – daquilo que se considera "público" ou "privado". Porém, ao se compararem a dinâmica social e a realidade cristalizada na produção jurídica, percebe-se que elas obedecem a ritmos próprios e, portanto, não ocorrem de forma sincronizada. Geralmente, as mudanças sociais não impactam a globalidade do sistema jurídico ou do regime definidor de um instituto jurídico, mas, produzem impactos pontuais que geram pequenas alterações que, com o tempo, expandem-se e, enfim, geram a redefinição do citado instituto[9].

Todos estes fenômenos e periodizações também se verificaram no Brasil, apesar de não apresentarem uma coincidência temporal exata com a descrição acima realizada[10]. Este desencontro tem suas razões no processo histórico brasileiro, caracterizado por uma conformação excludente e autoritária da esfera pública, cujos efeitos ainda se fazem presentes[11]. Dessa forma, no que tange à história recente do Brasil, a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais coincide com o final de um período ditatorial, com o início das crises das décadas de 1970/1980 e com a permanência de práticas disfuncionais, como o clientelismo etc.

---

direito privado" e de "privatização do direito público" – ligados à crise do positivismo e à redefinição do papel do Estado – ilustram a insuficiência dos parâmetros distintivos rígidos surgidos com o Liberalismo.

[8] MARSHALL, T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 17.

[9] Por exemplo, em algumas situações, as mudanças na realidade impactarão os significados das palavras que compõem um artigo de lei, o que lhe conferirá um sentido diverso daquele que havia sido pensado no momento da sua criação. Em outras situações, as mudanças fáticas serão tão profundas que o citado artigo se tornará completamente incompatível com a realidade e, assim, ele cairá em desuso ou será revogado.
A consequência desta falta de sincronia entre o sistema jurídico e a realidade tem como consequência a criação de diversas situações. Por um lado, tem-se o aumento da produção de textos jurídico-normativos. Por outro lado, as produções jurisprudencial e doutrinária podem não refletir as alterações presentes no ordenamento jurídico, ou este pode se apresentar mais atrasado do que as primeiras.

[10] Este desencontro também se verificou nos demais Estados latino-americanos e em outros Estados em desenvolvimento e/ou subdesenvolvidos.

[11] Por exemplo, o Brasil foi o último Estado a abolir a escravidão e se caracteriza, atualmente, como um dos Estados mais desiguais do mundo. Além disso, durante a maior parte do século XX, o Brasil viveu sob regimes autoritários e oligárquicos, nos quais os direitos prestacionais foram compreendidos como benefícios e não como direitos universais. (VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 150-151.)

Assim, a concomitância de todos estes fatores produziu diversos impactos. No plano social, as manifestações que marcaram o fim da ditadura civil-militar se mantiveram e, em alguns casos, intensificaram-se, como ilustra o Movimento Popular pela Reforma Urbana[12].

Outro impacto pode ser encontrado na intensificação da elaboração de textos jurídico-normativos que objetivavam regulamentar a Constituição e adequar o direito positivo a ela. Isto propiciou o surgimento, a sistematização e a autonomização de diversos ramos do Direito Público e contribuiu para a modificação e/ou solidificação de alterações nos institutos de Direito Público e Privado[13]. Ao mesmo tempo, esta intensificação evidenciou diversos aspectos disfuncionais, como por exemplo, a preponderância do Poder Executivo na definição das matérias que serão objeto de deliberação pública e a maior permeabilidade do Congresso a determinados grupos de pressão[14]. Como decorrência destes dois últimos aspectos disfuncionais há um terceiro: o aumento de textos jurídico-normativos casuísticos e/ou descontextualizados da real necessidade social e da atual compreensão acerca de algumas matérias[15].

A Administração Pública brasileira também foi impactada pelos eventos acima, como denotam os ciclos de ampliação e retração da atividade administrativa. Como consequências destes ciclos, os instrumentos de atuação pública se diversificaram, transferiram-se algumas atividades e a execução de políticas públicas ao setor privado, reduziu-se a intervenção direta dos Entes Públicos na economia e se ampliaram as funções de regulação e fomento[16]. Outrossim, desenvolveram-se novas estruturas administrativas ou se reconfiguraram aquelas já existentes para atender às necessidades atuais e fortalecer as funções administrativas

---

[12] O Movimento Popular pela Reforma Urbana foi um dos principais atores sociais responsáveis pela constitucionalização do Direito Urbanístico, mediante a inserção dos artigos 182 e 183, na atual Constituição brasileira e a permanência de sua atuação possibilitou a produção de diversas inovações legislativas. Este é o caso do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que, ao regulamentar os artigos acima citados, inseriu um novo marco na gestão urbana, com impactos no regime jurídico dos imóveis urbanos, independentemente de sua titularidade.

[13] Este é o caso, por exemplo, do direito de propriedade e da função social, em que esta conforma aquele, o que possibilitou reconhecer a existência de múltiplos regimes jurídicos proprietários. Isto é, cada um destes regimes jurídicos é determinado pela função social que define as destinações dos bens e conforma as prerrogativas proprietárias e não-proprietárias.

[14] Em regra, os grupos de maior poder econômico têm maior proximidade com os centros de poder, o que lhes possibilita aprovar leis que atendam aos seus interesses, ainda que, em detrimento das demandas dos grupos vulneráveis, os quais são prejudicados pela carência ou pela morosidade de ação dos Entes Público.

[15] Esta intensificação gera a inflação legislativa, o que produz a desarmonia do sistema jurídico e dificulta a certeza quanto às regras vigentes e, portanto, gera a insegurança jurídica.

[16] A transferência da execução de algumas políticas públicas para os atores de mercado não considera se eles são os sujeitos adequados para desenvolver estas ações. Isto pode ser ilustrado pelo Programa "Minha Casa, Minha Vida", criado pela Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009, e caracterizado pelo fomento federal ao setor da construção civil sob a justificativa de solucionar o déficit habitacional. Este programa atribuiu aos atores econômicos a decisão sobre a localização dos empreendimentos e, em muitos casos, os edifícios destinados à habitação social apresentam baixa qualidade construtiva e foram instalados em áreas periféricas, distantes dos postos de trabalho e desprovidas de redes de infraestrutura, serviços e equipamentos.

que foram ampliadas[17]. Criaram-se políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mediante, por exemplo, tentativas de coordenar as ações dos Entes Federados[18].

Todavia, diversos fatores prejudicaram o êxito das ações citadas, o que fez com que elas produzissem resultados diversificados. Muitas ações públicas identificaram-se como políticas de governo, cuja paralização ou completa alteração se justificava pela mudança do Chefe do Poder Executivo. Verificou-se, também, a maior permeabilidade da Administração Pública a determinados grupos de pressão e às suas demandas, o que contraria os fundamentos do Estado Democrático de Direito e os pressupostos republicanos. A isto acresce-se: a carência e/ou a morosidade de ações específicas para determinadas matérias; a perda da capacidade administrativa para elaborar e executar planos; a falta de instrumentos de avaliação das ações públicas; as formas erráticas de atuação dos Entes Públicos[19].

Além disso, no plano federativo, a concentração de recursos públicos na União reduziu a capacidade de os Municípios desenvolverem ações para atender às necessidades locais[20]. Isto difundiu a prevalência pragmática dos chamados interesses federais sobre aqueles vistos como municipais. Consequentemente, criou-se uma espécie de isenção fática da União em cumprir as leis locais e articular suas ações com as dos demais Entes Federados.

Todos os citados aspectos disfuncionais indicam a criação de um amplo espaço para a atuação do Poder Judiciário. Este devia solucionar os conflitos decorrentes da omissão e/ou morosidade dos demais Poderes e atender às demandas que, até então, estavam reprimidas.

Porém, este protagonismo do Judiciário produziu ações paradoxais que, também, são objetos de críticas. Alguns juízes aplicam o Direito Público de forma conservantista e incompatível com os seus atuais cânones, o que possibilita a manutenção do *status quo* anterior à Constituição, em detrimento das possibilidades emancipatórias geradas por ela. Outros juízes, no afã de realizarem aquilo que consideram justo, interpretam "criativamente" os textos jurídico-normativos e, assim, extrapolam os limites semânticos e hermenêuticos destes mesmos textos. Assim, escamoteia-se uma forma de aplicação do Direito que se funda em uma escala de preferências do juiz, o que prejudica a certeza do direito e enfraquece a Constituição.

No que concerne à produção doutrinária, o período posterior à promulgação da Constituição se marcou pela intensificação dos trabalhos teóricos que buscaram fixar as novas

[17] Neste caso inserem-se, por exemplo, o antigo Ministério das Cidades e as agências reguladoras.
[18] Entre estas ações inserem-se, por exemplo, a Lei de Consórcios Públicos, Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005, e, mais recentemente, o Estatuto da Metrópole, Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015.
[19] Assim, existem setores da Administração Pública que apresentam excelência, como é o caso da arrecadação de impostos, ao mesmo tempo em que há setores que desempenham suas funções de forma deficitária, como ilustram as políticas e ações de identificação dos bens públicos ou de regularização fundiária.
[20] Como é o caso da Política Urbana.

bases teórico-doutrinárias necessárias à compreensão do sistema jurídico recém-inaugurado. Ademais, desenvolveram-se estudos que buscavam investigar as inter-relações entre os novos e os tradicionais instrumentos e ramos do Direito, mediante abordagens novas e metodologias interdisciplinares. Estes estudos objetivavam fornecer respostas aos problemas reais que assolavam e ainda são presentes na sociedade brasileira e, ao mesmo tempo, buscavam elementos capazes de garantir a coesão dos regimes jurídicos de diversos institutos de Direito Público e Privado.

Entretanto, não se pode afirmar que todos os institutos do Direito – principalmente do Direito Público – receberam a mesma atenção dos pesquisadores, pois, alguns temas que sempre careceram de maior atenção da doutrina permaneceram relegados ao segundo plano. Este é o caso, por exemplo, do regime jurídico dos bens públicos.

Ainda em 1939, Tito Prates da Fonseca[21] afirmava que, "no Brasil", o regime jurídico dos bens públicos é "carente de larga discussão doutrinária e de linhas fixas na legislação". Atualmente, embora este tema seja corrente em todos os Manuais brasileiros de Direito Administrativo, ainda são raras as obras específicas que tratam deste tema[22], o que pode ser comprovado pela pouca produção acadêmica sobre a matéria[23].

Dessa forma, em geral, os bens públicos ainda são analisados com base em conceitos e parâmetros que não se ajustam, adequadamente, à realidade atual e à conformação que o tema recebeu da Constituição. Neste sentido, não se incorporam, por exemplo, os reflexos

---

[21] FONSECA, Tito Prates. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1939. p. 313.

[22] Entre as obras específicas e autores que trataram deste tema, podem-se citar: CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos*: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009; MARRARA, Thiago. Direito administrativo dos bens. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (v. 3) p. 25-282.

[23] Esta afirmação pode ser ilustrada por uma análise no banco de teses de doutorado e dissertações de mestrado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES – vinculada ao Ministério da Educação. Ainda que este banco de dados seja extremamente lacunoso, ele fornece indícios sobre a falta de interesse dos novos pesquisadores brasileiros em investigar o tema dos bens públicos.
Considere-se, por exemplo, as cinco funções administrativas: poder de polícia; serviços públicos; intervenção do Estado; fomento; e gestão dos bens públicos. Segundo os dados reunidos no citado portal de internet, no período de 1991 a 2016, a produção acadêmica sobre as funções administrativas citadas dividiu-se da seguinte forma: 96 trabalhos sobre o poder de polícia; 330 sobre serviços públicos; 103 sobre intervenção; 130 sobre fomento; 32 sobre bens públicos. A produção sobre bens públicos se concentrou nos anos de 1998 a 2015, um dos períodos de intensificação da produção legislativa sobre este tema.
Outro dado relevante pode ser encontrado quando se comparam as produções acadêmicas de teses e dissertações sobre a propriedade privada e a propriedade pública. Conforme as informações do banco de dados mencionado, produziram-se mais de 2.000 trabalhos sobre o tema da propriedade privada. Contudo, somente se produziram 20 trabalhos sobre o tema da "propriedade pública", sendo que apenas 8 traziam, no título, a expressão "função social". (COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES. *Banco de teses e dissertações*. Disponível em: <http://bancodeteses.capes.gov.br/banco -teses>. Acesso em: 20 jan. 2017.)

dos direitos fundamentais sobre o aludido tema, os impactos do Direito Urbanístico sobre os imóveis públicos e os efeitos produzidos pelas novas compreensões sobre o interesse público.

Porém, esta paralisia ou falta de inovação acerca do regime jurídico dos bens públicos não se restringe à doutrina. Ela também atinge os demais campos acima mencionados, principalmente em razão do caráter dogmático-teórico do Direito Público brasileiro.

A intensificação da produção de textos jurídico-normativos sobre os bens públicos criou regimes jurídicos específicos para cada espécie de bem, o que, muitas vezes, dificulta o reconhecimento de pontos de contato entre eles[24]. No que concerne à atuação administrativa, a ampliação e retração da atividade púbica somada ao desenvolvimento das políticas públicas com impacto territorial demonstraram a importância e as múltiplas finalidades que podem ser atribuídas aos bens públicos, por exemplo sua utilização para a prestação de serviços públicos, para a moradia de grupos desfavorecidos etc.

Todavia, as citadas políticas públicas não foram acompanhadas de ações públicas efetivas para identificar os bens públicos e para coletar dados sobre a localização/distribuição deles. Ademais, muitas vezes, elas também não geraram o desenvolvimento de pesquisas substanciais sobre as condições de realização/êxito destas ações públicas.

Como já se afirmou, muitos juízes ainda se apegam a concepções e a exegeses sobre os bens públicos que são incompatíveis à atual conformação do instituto. Assim, adotam-se compreensões presas a uma noção etérea de interesse público em que a gestão destes bens desconhece limites e parâmetros jurídicos senão aqueles fixados pelo próprio gestor público.

Portanto, a descrição destes elementos indica a necessidade de aprofundar as investigações sobre o regime jurídico dos bens públicos. Neste mesmo sentido, segundo Maria Tereza Fonseca Dias[25], é preciso intensificar os estudos que inter-relacionem o citado regime jurídico e os múltiplos sentidos atribuídos ao interesse público – principalmente diante da interpenetração entre as esferas pública e privada[26]. Ademais, contemporaneamente, todas estas

---

[24] Ademais, um dos efeitos da citada intensificação foi a geração da inflação normativa sobre a matéria, sem que a doutrina ou a jurisprudência consigam encontrar elementos que permitam reconhecer a interseção entre os diversos regimes jurídicos dos bens públicos.

[25] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 250.

[26] A exigência em se analisar detidamente esta inter-relação decorre de duas razões. Inicialmente, os autores que identificam o interesse público à realização dos direitos fundamentais, não avançam numa interpretação sistêmica que demonstre como essa exegese se faz notar em diversas situações em que o citado interesse está presente. Ao mesmo tempo, eles não examinam os impactos desse giro exegético no regime jurídico dos bens públicos, visto que esta abordagem não se constitui em elemento central de suas investigações.

A segunda razão se relaciona à maior parte da doutrina que se ocupa do regime jurídico dos bens públicos. Neste caso, afirma-se categoricamente que o regime jurídico dos bens públicos se vincula ao interesse público, mas, este é compreendido numa noção fluida, que, na prática, identifica-o aos interesses do Estado, do Governante

análises devem enfatizar as especificidades do regime jurídico dos bens públicos urbanos, já que a maior parte da população brasileira, atualmente, vive nas cidades.

Assim, com base nas novas compreensões sobre o interesse público, tem-se que, no Brasil, a titularidade dos bens públicos urbanos não se fundamenta mais em uma noção fluida do citado interesse e nos parâmetros originais que conformaram este instituto de Direito Administrativo. Neste sentido, questiona-se: Qual é o fundamento jurídico para a titularidade dos bens públicos urbanos? Desta indagação advém uma segunda que a complementa: Qual é a consequência deste fundamento jurídico na gestão destes bens?

Ambas as questões e as suas respostas formam o *leitmotiv* para as investigações realizadas, o que explica a própria distribuição das matérias analisadas a seguir. No entanto, antes de expor os citados argumentos, é necessário fixar algumas bases conceituais e terminológicas sobre o tema.

1 **Algumas precisões terminológicas**

A análise do regime jurídico dos bens públicos urbanos exige que se sistematizem quatro categorias: o patrimônio público, os bens públicos, o domínio público e a propriedade pública. Embora elementos geminais destas categorias já existissem antes do Século XVIII, foi, a partir do nascimento do Direito Administrativo, que eles ganharam contornos jurídicos mais precisos.

Assim, da mesma forma como ocorreu com diversos outros institutos do Direito Público, as sobreditas categorias se desenvolveram a partir daquelas existentes no Direito Privado, mediante a formulação de critérios diferenciadores. Estes objetivaram adequar estas categorias aos fundamentos do Direito Público – como, por exemplo, o interesse público – e, assim diferenciá-las de suas bases geminais.

Se este processo de surgimento dos institutos de Direito Público foi característico do surgimento desta disciplina, com o tempo, verificou-se, outrossim, o movimento inverso. Isto é, institutos de Direito Privado passaram a ser criados ou reconfigurados tendo por base o Direito Público. Como já se afirmou, este é o caso da intensificação dos regramentos estatais

---

etc. Assim, não se perquire dos direitos que os indivíduos têm de exigir dos Entes Públicos que confiram uma adequada destinação aos seus bens e exerçam adequadamente as suas prerrogativas.

sobre a atividade de contratar ou sobre o direito de propriedade, o que, é conhecido, respectivamente, por "dirigismo contratual" e "publicização do direito de propriedade".

Ambos os processos evidenciam a mencionada conexão estrutural entre interesses público e privado, bem como, o caráter histórico-cultural do próprio Direito. Assim, pode-se afirmar que os institutos jurídicos nascem e se desenvolvem em consonância às necessidades sociais de cada lugar e de cada período. Neste processo, por vezes, um instituto de determinado ramo do Direito intensifica o processo de autonomização de suas bases geminais a tal ponto que não se consegue perceber esta relação de origem. Em outras situações, porém, o instituto original e o seu "descendente", num primeiro momento, evoluem de forma a se distanciarem para, posteriormente, confluírem e se assemelharem.

Porém, há, ainda, um terceiro movimento. Institutos relativamente independentes evoluem até um determinando ponto, mas, as mudanças sociais fazem com que eles percam a centralidade que ocupavam e, posteriormente, sejam absorvidos por outros institutos.

Estas descrições denotam a linha expositiva que será aqui empregada. Num primeiro momento, objetiva-se definir o conteúdo jurídico das categorias patrimônio público, bem público e domínio público. Posteriormente, estas categorias serão inseridas no debate entre aqueles que negam e os que defendem a existência da propriedade pública, para demonstrar como este debate se apresenta no Brasil.

1.1 As duas acepções de patrimônio público

Diversamente do que ocorreu com diversas categorias elementares da Teoria Geral do Direito, a origem da noção jurídica de patrimônio não pode ser encontrada com clareza no Direito Romano[27]. Os seus contornos remontam ao Direito Liberal, o que explica a sua relação com institutos e ciências surgidas neste período. Este é o caso da íntima relação entre Estado de Direito Liberal, patrimônio, direito de propriedade – visto como direito fundamental individual – e o paradoxo fundador da Economia – necessidades/desejos humanos ilimitados cuja satisfação depende de bens limitados[28].

[27] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 1*, p. 245.

[28] Neste sentido, a noção jurídica de patrimônio se vincula à concepção de que a causa elementar do fenômeno jurídico é a composição pacífica de conflitos de interesses decorrentes do paradoxo econômico. Assim, um dos meios de atingir este objetivo é distribuir os bens da vida entre os indivíduos e assegurar que a titularidade sobre eles seja respeitada, o que exige o prévio conhecimento comum deste pertencimento e a existência de um Ente

Tradicionalmente, a sobredita categoria jurídica se liga e reafirma outro instituto jurídico primacial: a personalidade jurídica. Isto é, por ser dotada de personalidade jurídica, toda pessoa é titular de direitos e obrigações. Parte destes direitos e obrigações é dotada de negociabilidade e, portanto, possuem valor de troca. Dessa forma, a noção jurídica de patrimônio se refere aos citados direitos e obrigações dotados de conteúdo econômico.

Neste sentido, Clóvis Beviláqua[29] identificava o patrimônio como a "projeção econômica da personalidade civil". De forma semelhante, Caio Mário da Silva Pereira[30] compreendia o patrimônio como "o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente", em que o vocábulo "economicamente" era compreendido como "expressão pecuniária". Isto é, a possibilidade de converter os direitos e obrigações que compõem o patrimônio "em crédito financeiro, para alguém, se já o não forem desde o início"[31].

Em consonância à compreensão de Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira também via o patrimônio como inerente à condição do homem como sujeito de direito, pois, para ele não se podia imaginar um indivíduo desprovido de patrimônio[32]. Assim, como a personalidade é una e indivisível, o patrimônio, enquanto sua projeção econômica, também é dotado destas características, o que impede conceber uma "pluralidade" patrimonial "na mesma

---

com poder suficiente para proteger os indivíduos contra terceiros. Dessa forma, estes bens possibilitam que o seu titular os utilize para satisfazer as suas próprias necessidades ou os transacione com terceiros e, assim, adquira outros bens para aplacar carestias não supridas por seu acervo patrimonial original. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 59.)

Em sentido semelhante, a identificação de todos estes elementos pode ser encontrada em Adam Smith que, em consonância a Rousseau, reconheceu que o surgimento do Estado Liberal se ligou à tutela da propriedade. Neste sentido, ele afirmava: "O governo civil, na medida em que é instituído para garantir a propriedade, de fato o é para a defesa dos ricos contra os pobres, ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não possuem propriedade alguma". (SMITH, Adam. *A riqueza das nações*: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 2, p. 164 e 167.)

[29] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 11.

[30] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 1*, p. 248-250.

[31] Assim, para o autor, os direitos passíveis de transação e transferência se caracterizam como direitos patrimoniais e os direitos desprovidos destas características são direitos não-patrimoniais, como, por exemplo, os direitos à honra, à intimidade etc. Não obstante estas distinções, a lesão a qualquer um destes direitos garante ao seu titular o direito à reparação pelo dano sofrido mediante o pagamento de um "valor pecuniário" que ingressará no seu patrimônio. Neste sentido, o inciso X, do artigo 5º, da Constituição, prescreve: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Porém, a fixação do valor da indenização no que concerne aos danos aos direitos-não patrimoniais não obedece a fórmulas matemáticas e, assim, ele somente repara parcial e incompletamente o dano. Portanto, esta dificuldade de mensuração é um indicativo de que os citados direitos não são englobados pela noção jurídica de patrimônio. (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 43 e 639; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*: comentários à lei de improbidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.)

[32] Afinal, se todo aquele que tem personalidade jurídica é titular do citado conjunto de direitos e obrigações, não há ninguém desprovido de patrimônio. Neste sentido, mesmo o indivíduo mais desprovido de recursos financeiros, ainda será titular de direitos sobre, por exemplo, a sua própria força de trabalho.

pessoa". Isto porque, "em qualquer circunstância, ainda que se procure destacar mais de um acervo ativo-passivo de valores jurídicos, sempre há de exprimir a ideia de patrimônio a noção de conjunto, de reunião, e esta, segundo a própria razão natural, é una".

Assim, o patrimônio se caracteriza como uma reunião de direitos e obrigações, que podem ter por objeto: bens materiais e imateriais; obrigações de dar, de fazer, de não-fazer, de suportar etc., o que denota a discrepância entre a técnica jurídica e o senso comum. Afinal, quando se diz que um determinado bem integra o patrimônio do proprietário, isto não significa que a coisa – em sua acepção material/corpórea – integra este patrimônio, mas, que o direito de propriedade sobre esta coisa compõe este acervo patrimonial[33].

Portanto, patrimônio não se reduz ao direito de propriedade, mas, este compõe o primeiro, como integram-no outros direitos subjetivos, como, por exemplo, o direito de o credor exigir determinado comportamento do devedor. Ademais, um mesmo bem sujeito ao direito de propriedade pode ser o suporte fático de diversos direitos e cada um deles pode integrar o patrimônio de sujeitos diferentes[34], este é o caso da propriedade sobre um imóvel e o direito de uso do locatário sobre este mesmo bem.

A identificação entre ambos os elementos decorre da confusão entre direito subjetivo e direito de propriedade, cujas causas encontram-se na origem da configuração do direito subjetivo. Conforme Léon Duguit e Stefano Rodotà[35], embora o direito de propriedade tenha fornecido o modelo para a construção da categoria jurídica direito subjetivo, não se pode resumir o segundo ao primeiro.

Estas orientações denotam que a categoria jurídica patrimônio foi desenvolvida a partir dos pressupostos que sustentaram o Direito Privado dos séculos XVIII e XIX. Todavia, a adoção desta categoria pelo Direito Público não significou uma mera acomodação ou transposição da noção privatista, mas, originou duas acepções distintas ligadas ao sentido do adjetivo "público" e, portanto, à titularidade e à composição deste patrimônio[36].

---

[33] Como se verifica pela análise da obra de Clóvis Beviláqua e Caio Mario da Silva Pereira, a concepção de patrimônio adotada pelo direito brasileiro tem como uma de suas origens os trabalhos dos civilistas franceses. Para mais informações sobre a concepção francesa de patrimônio e a sua adoção pelo Direito Público: FOULQUIER, Norbert. *Droit administratif des biens*. 2. ed. Paris: LexisNexis, 2013. p. 7-9.

[34] Esta forma de compreender o patrimônio se aproxima da abordagem de Perlingieri que compreende os bens objeto de propriedade como centros de interesse. (PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della "proprietà"*. Camerino: Jovene Editore, 1971.)

[35] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé depuis le code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912. p. 8-9, 147-148, 156 e 151-154; RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*: studi sulla proprietà privata. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981. p. 43, 85, 131, 137, 89, 60-61, 131-132 e 444.

[36] MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 43.

Na primeira acepção, o vocábulo "público" se identifica com povo/nação, ou seja, com a totalidade da sociedade[37] e, portanto, ela não se liga ao atributo da personalidade jurídica, visto que os citados grupamentos humanos são desprovidos deste atributo. Ademais, nesta acepção, a noção de patrimônio público abrange os direitos e obrigações considerados importantes para e pela sociedade, o que abarca elementos com "expressão pecuniária" e, também, outros componentes cuja relevância não se sustenta no seu valor de troca. Este é o caso da paisagem e dos elementos identitários que compõem a cultura daquele grupo social.

Assim, verifica-se que estes últimos componentes se destinam ao atendimento de necessidades humanas que não possuíam valor de troca nos séculos XVIII e XIX e que, ainda hoje, encontram dificuldades para a sua mensuração pecuniária. Outrossim, àquela época, eles não eram considerados bens juridicamente tutelados. Portanto, durante muito tempo, esta primeira acepção foi considerada como desprovida de caráter jurídico e identificada como uma admoestação moral, uma expressão com forte carga retórica que se destinava a conferir ou salientar a unidade gregária.

Entretanto, a forma de se compreender o caráter jurídico desta primeira acepção se alterou com o tempo. Não obstante, a "nação" ou o "povo" não sejam providos de personalidade jurídica, os seus integrantes são detentores deste atributo. Assim, pode-se reconhecer que cada indivíduo, de forma solidária, é titular de direitos e obrigações sobre este patrimônio pelo simples fato de pertencer ao aludido grupo social. Isto é, o patrimônio pessoal de cada membro da sociedade é composto de direitos sobre o patrimônio público, o que confere aos indivíduos a prerrogativa de defender a totalidade deste patrimônio ou os elementos que o compõem.

A segunda acepção de "patrimônio público" se aproxima da noção tradicional de "patrimônio", o que possibilita reconhecer a sua juridicidade. Nesta acepção, o patrimônio público é composto somente por direitos e obrigações passíveis de mensuração pecuniária[38]. Ademais, neste caso, o adjetivo "público" se refere direta ou indiretamente aos Entes Federados e às demais pessoas jurídicas de direito público, o que significa que, nesta acepção, o patrimônio público reafirma a personalidade jurídica do próprio Ente Público envolvido[39]. Assim, pode-se

---

[37] Isto é, adota-se o sentido habermasiano em que o sobredito vocábulo significa a reunião dos privados em um público. (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, n. 76: Série Estudos Alemães). p. 33-39, 42-43, 70-71 e 72.)

[38] Neste sentido e em consonância à noção de patrimônio acima, Fernando Rodrigues Martins afirma que a moralidade administrativa, como um conjunto de padrões éticos e probos orientadores da gestão pública, não é um elemento componente do patrimônio público, mas, um princípio que sustenta a ação pública. Assim, enquanto fundamento da atuação estatal, a tutela garantida ao patrimônio público é estendida à moralidade administrativa, o que explica a razão de alguns autores falarem em um "patrimônio moral" público. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 161 e 163-164.)

[39] *Ibid*., p. 44.

falar, por exemplo, em patrimônio público da União, dos Estados-membros, dos Municípios e das autarquias.

O sistema jurídico brasileiro adotou ambas as acepções de patrimônio público, o que pode ser comprovado por meio da análise de diversos textos jurídico-normativos. Esta afirmação pode ser ilustrada pelo artigo 1º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, pelo artigo 1º, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, pelo artigo 216, da Constituição, e pelo artigo 2º, do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937.

Conforme o §1º, do artigo 1º, da primeira lei citada, a expressão patrimônio público abrange "os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico". O artigo 216, da Constituição, insere, entre os sobreditos "bens" culturais, aqueles de "natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira". Neste caso, o citado artigo prescreve, em um rol exemplificativo, que se incluem no patrimônio cultural: "as formas de expressão", "os modos de criar, fazer e viver", "as criações científicas, artísticas e tecnológicas", "as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais" e "os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico".

Ademais, conforme o *caput* do artigo 1º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, o artigo 1º, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, e o artigo 2º, do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, os citados bens e direitos podem pertencer a diversos sujeitos. Neste sentido podem ser titulares: qualquer Ente Federado; as pessoas jurídicas de direito público ou privado criadas por eles; as "sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes"; os "serviços sociais autônomos". Também podem ser titulares: as entidades "para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual"; as "pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos". Enfim, os bens culturais que compõem o patrimônio brasileiro, podem pertencer "às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno"[40].

[40] O artigo 3º, do Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, prescreve: "Art. 3º – Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira: 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuam sujeitas à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos. Parágrafo único – As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional".

Dessa forma, percebe-se que a distinção entre ambas as acepções se concentra em quatro pontos: a identificação precisa dos titulares; a ligação entre patrimônio público e personalidade jurídica do titular; o caráter jurídico da expressão; e a composição do patrimônio público. Todavia, as ilustrações acima indicam que, se, em um primeiro momento, estas distinções tornavam as sobreditas acepções antagônicas, com o tempo, percebeu-se que elas estavam em uma íntima relação de pertença.

A primeira acepção é mais ampla e contém a segunda. Ao não individualizar um conjunto preciso de titulares e ao não se ligar à personalidade jurídica deles, a acepção ampla enfatiza os componentes do patrimônio público, segundo a sua importância para a sociedade. Assim, ela abarca os direitos e obrigações sem expressão econômica e aqueles que podem ser mensurados em pecúnia – o que coincide com a composição da acepção restrita de patrimônio público. Afinal, o elemento teleológico do patrimônio dos Entes Públicos é que os direitos e obrigações que o compõem devem ser considerados importantes para e pelo grupo social, isto é, eles são expressões, no plano fenomênico, do interesse público.

Esta relação de pertença explica a razão de a tutela do patrimônio dos Entes Públicos poder se realizar por seus titulares e pelos indivíduos que integram o corpo social. Esta afirmação pode ser ilustrada pela Ação Popular, prevista pelo inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição e regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Neste caso, qualquer cidadão é legitimado a propor a sobredita ação em nome próprio – e não como representante do conjunto social – para defender um direito que é seu, no caso, o direito que o indivíduo tem sobre o patrimônio dos Entes Públicos.

Assim, conforme Fernando Rodrigues Martins, os sobreditos textos jurídico-normativos prescrevem "o que é protegido e qual o meio de defesa" adequado para protegê-lo[41]. Ademais, a Constituição confere à sobredita garantia processual constitucional e ao direito garantido – o patrimônio público em sentido amplo – a natureza jurídica de direitos fundamentais de terceira geração, ou de solidariedade[42].

Apesar disso, poder-se-ia argumentar que o ordenamento brasileiro também autoriza que os Entes Púbicos proponham ações judiciais para defenderem componentes da

[41] Neste sentido, percebe-se que a Constituição atribui um direito fundamental aos indivíduos e, ao mesmo tempo, prescreve uma garantia constitucional para a sua tutela, como se depreende do inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

[42] *Ibid*., p. 51, 59-60 e 62-63.

acepção ampla de patrimônio público, os quais podem não integrar o seu próprio patrimônio. Todavia, esta possibilidade não permite que se afirme que a acepção restrita contém a ampla, pois, a sua justificativa é de caráter prático. A ampliação do rol de legitimados para defenderem os componentes do patrimônio público, como definido pela acepção ampla, maximiza a proteção jurídica conferida a eles, o que se justifica por sua relevância para o grupo[43]. Assim, na verdade, a citada possibilidade somente comprova que o patrimônio público é composto por elementos considerados relevantes pela e para a sociedade.

As ilustrações acima e o rol de legitimados para defender o patrimônio público, conforme definido por cada uma das acepções, denotam que elas possuem caráter e consequências jurídicas que, pragmaticamente, são similares. Dessa forma, resta analisar a composição do citado acervo patrimonial em uma ou outra destas acepções.

Como se vê pelos textos jurídico-normativos supracitados, ambas as acepções reconhecem que o patrimônio público é composto por direitos e obrigações e se enfatiza que eles podem recair sobre bens, os quais pertencerão ou não a um Ente Público. Porém, a primeira acepção extrapola a segunda, pois, abarca direitos e obrigações que não podem ser exprimidos em pecúnia, ou que não admitem uma adequada conversão.

Apesar disso, ambas as acepções se aproximam ao considerarem os direitos e obrigações com caráter pecuniário como integrantes do patrimônio público. Esta convergência corrobora a afirmação de que a primeira acepção abarca a segunda e, neste ponto, elas estão em consonância à noção tradicional da categoria jurídica patrimônio. Ademais, a citada consonância exige que se reconheça, por exemplo, que o patrimônio público é composto por direitos e obrigações incidentes sobre diversas espécies de bens, o que exige a definição do que se compreende por bem público.

---

[43] Esta ampliação do rol de legitimados pode ser comprovada, por exemplo, pelo inciso I, do artigo 23, e pelo inciso III, do artigo 129, ambos da Constituição: "Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...) Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".
Em consonância ao supramencionado inciso III, do artigo 129, da Constituição, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 329: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 329*. **Brasília, 02 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

1.2 Os bens públicos

Da mesma forma como ocorre com a fórmula patrimônio público, a expressão bens públicos também é plurissignificativa. Esta multiplicidade depende dos pressupostos teóricos adotados e da ênfase atribuída aos aspectos objetivo – os bens em si – ou subjetivo – o que se relaciona à sua titularidade. Não obstante, a pluralidade semântica não é um obstáculo à sua aplicação, pois, mediante a sua exegese em um dado contexto, o intérprete aufere o sentido exato atribuído, naquele caso, à expressão.

Assim, conforme a Teoria Geral do Estado, a expressão "bem público" – no singular – indica a finalidade do Estado e dos demais Entes Públicos e, neste caso, ela se identifica ao bem-estar coletivo, ao interesse público. Contudo, dizer que o patrimônio público contribui para a realização do "bem público" não fornece informações sobre a sua composição: esta afirmação apenas indica a sua finalidade, o seu objetivo.

Com base nas Ciências Econômicas, na Teoria Geral do Direito e nos fundamentos do Direito Público pode-se reconhecer que a expressão bens públicos identifica-se aos objetos das relações jurídicas. Dessa forma, a compreensão da expressão bens públicos exige que se assimilem os significados atribuídos a cada um dos vocábulos que formam a expressão e as suas possíveis combinações.

De um lado, como se mencionou acima, o vocábulo público possui uma acepção ampla que o identifica à sociedade e uma acepção restrita que se refere aos Entes Públicos. Lado outro, o vocábulo bem também admite duas acepções.

Segundo Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira[44], em sentido genérico, o vocábulo bens se identifica aos elementos aptos à satisfação das necessidades humanas, conforme prescrito pelo sistema jurídico. Nesta acepção, os bens se confundem aos objetos dos direitos e das prestações, o que torna o vocábulo um sinônimo de bem jurídico ou de bem juridicamente tutelado. Assim, reúnem-se elementos corpóreos e incorpóreos, passíveis ou não de apropriação por um ou vários sujeitos de direito, que podem ou não possuir expressão pecuniária e, ainda, aqueles em que esta estimação é difícil – como, a moralidade administrativa e o ambiente.

---

[44] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 179-181; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 1*, p. 252-256.

Em sentido específico, o vocábulo bem se refere aos objetos materiais ou imateriais[45] dos direitos reais, o que exclui os objetos dos "direitos pessoais" que consistem "no poder de exigir prestações"[46]. Neste caso, bem se aproxima do sentido jurídico atribuído ao vocábulo coisa, isto é, objetos passíveis de uma estimação pecuniária e que podem ou não ser objeto de apropriação por um sujeito de direito.

Este sentido específico é o mais usual e, a partir dele, é possível verificar a existência de duas combinações. A primeira se refere ao conjunto de bens materiais atribuídos a toda a coletividade, o que se identifica à noção jurídica de bens comuns e interessa tanto à Economia quanto ao Direito. A segunda combinação se relaciona aos bens materiais que pertencem aos Entes Públicos. Assim, em razão da importância de ambas as possibilidades de combinações, elas serão analisadas em separado abaixo.

1.2.1 A acepção econômica dos bens públicos e a "tragédia dos comuns"

Para as Ciências Econômicas, os bens são classificados com base em dois critérios taxonômicos: a exclusividade e a rivalidade. Direito e Economia convergem no sentido atribuído à exclusividade, pois, para ambos, ela significa que a titularidade de um bem por um indivíduo exclui a possibilidade de terceiros serem titulares deste mesmo bem. Por sua vez, um bem é rival quando a sua utilização por um indivíduo impede que outra pessoa o use.

Assim, os bens privados são exclusivos e rivais, pois, pertencem a um indivíduo determinado a quem compete utilizá-los ou deixar que sejam utilizados por terceiros. Os bens públicos são aqueles que não são exclusivos nem rivais, pois, é impossível impedir o uso deles por qualquer pessoa e, também, o uso por um indivíduo não impede que outro use o mesmo bem. Enfim, os bens comuns são aqueles em que é impossível excluir qualquer indivíduo do uso do bem, embora, o uso por um indivíduo impeça que terceiro o utilize, como ocorre com as vagas de estacionamento nas ruas[47].

---

[45] Conforme o direito brasileiro, bens imateriais sujeitos ao direito de propriedade são as invenções, marcas etc. – as quais formam o que se denomina propriedade intelectual.

[46] GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 179-181.

[47] MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 228; RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito:* uma introdução. Coimbra: Almedina, 1994. p. 70.

O problema que surge em sede econômica referente aos bens públicos e comuns se relaciona às externalidades, uma vez que os mecanismos de mercado não são aptos a fixarem um preço para o bem ou para o seu uso, o que impediria a sua distribuição eficiente[48]. Garret Hardin, ao analisar esta situação, denominou-a de "tragédia dos comuns" e a ilustrou da seguinte forma:

> *La tragedia de los comunes se desarrolla del siguiente modo. Imagínese una pradera abierta para todos. Es esperable que cada ganadero tratará de mantener el mayor número de cabezas de ganado posible en este terreno común. Este acuerdo puede funcionar en forma razonablemente satisfactoria por siglos porque las guerras tribales, el hurto de ganado, y las enfermedades mantienen el número, tanto de seres humanos como de animales muy por debajo de la capacidad de carga del terreno. Finalmente, sin embargo, llega el día del ajuste de cuentas, esto es, el día en que se vuelve realidad la largamente deseada meta de estabilidad social. En este momento, la lógica inherente a los recursos comunes despiadadamente genera la tragedia.*
> *En cuanto ser racional, cada ganadero busca maximizar sus ganancias. Explícita o implícitamente, con mayor o menor grado de conciencia, él se pregunta: "¿cuál es para mí la utilidad si agrego un animal más a mi rebaño?". Esta utilidad tiene un componente positivo y uno negativo.*
> *1. El componente positivo es una función del incremento en un animal. Como el ganadero recibe todas las ganancias de la venta del animal adicional, la utilidad positiva es cercana a +1.*
> *2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Toda vez que los efectos del consumo adicional de pasto son compartidos por todos los ganaderos, la utilidad negativa para cualquier ganadero enfrentado a esta decisión será solo una fracción de -1.*
> *Sumando los componentes de estas utilidades parciales, el ganadero racional concluye que para su interés el único curso sensato a seguir es agregar otro animal al rebaño. Y luego otro. Pero esta es la conclusión a la que llegarían todos y cada uno de los ganaderos racionales que comparten un terreno común. Allí radica la tragedia. Cada ser humano está encerrado dentro de un sistema que lo conmina a incrementar sin límites su rebaño, en un mundo que es limitado. La ruina es el destino hacia el cual todos los seres humanos se precipitan, cada uno buscando su propio mejor interés en una sociedad que cree en la libertad de los (bienes) comunes. La libertad en los bienes comunes conlleva entonces la ruina para todos*[49].

---

[48] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Droit administratif des biens*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 5.

[49] Em uma tradução livre: "A tragédia dos comuns se desenvolve do seguinte modo. Imagine-se um campo aberto para todos. Espera-se que cada pecuarista manterá o maior número de cabeças de gado possível neste terreno comum. Este acordo pode funcionar de forma razoavelmente satisfatória por séculos, porque as guerras tribais, o furto de gado, e as enfermidades mantêm o número, tanto de seres humanos como de animais muito abaixo da capacidade de uso do terreno. Finalmente, chega o dia do ajuste de contas, isto é, o dia em que se torna realidade a largamente desejada meta de estabilidade social. Neste momento, a lógica inerente aos recursos comuns, impiedosamente, gera a tragédia.
Enquanto ser racional, cada pecuarista busca maximizar seus lucros. Explícita ou implicitamente, com maior ou menor grau de consciência, ele se pergunta: 'qual é para mim a utilidade se coloco um animal a mais no meu rebanho?' Esta utilidade tem um componente positivo e um negativo.
1. O componente positivo é uma função do incremento em um animal. Como o pecuarista recebe todos os lucros da venda do animal adicional, a utilidade positiva é próxima a +1.
2. O componente negativo é uma função do uso do campo adicional provocado por um animal a mais. Toda vez que os efeitos do consumo adicional do pasto são compartilhados por todos os pecuaristas, a utilidade negativa para qualquer pecuarista atingido por esta decisão será somente uma fração de -1.
Somados os componentes destas utilidades parciais, o pecuarista racional conclui que para seu interesse o único curso sensato a seguir é agregar outro animal ao rebanho. E logo outro. Porém, esta é a conclusão a que chegariam todos e cada um dos pecuaristas racionais que compartilham um terreno comum. Ali radica a tragédia. Cada ser humano está inserido em um sistema que o leva a incrementar sem limites o seu rebanho, em um mundo que é

Em síntese, a "tragédia dos comuns" se funda no fato de que cada indivíduo racional buscará a maximização da satisfação dos seus interesses. Portanto, cada um utilizará os recursos coletivos em demasia, ainda que em detrimento dos demais indivíduos ou mesmo que o seu uso excessivo esgote o bem.

Para solucionar este problema, Hardin propôs diversos critérios, como, por exemplo, tornar estes bens propriedades privadas ou restringir o acesso a eles. Neste último caso, adotar-se-ão critérios como sorteios, o mérito individual, ou a possibilidade de o bem produzir maior riqueza gregária etc[50]. A escolha destes critérios perpassa a análise da sua legitimidade e a possibilidade de responsabilizar o indivíduo que utilizará o bem com exclusividade, de forma a incentivá-lo ao uso e à produção de riqueza. Além disso, segundo o autor, devem-se criar instrumentos que impeçam que terceiros burlem as regras e, assim, usem os bens alheios. Assim, devem-se adotar instrumentos de coerção e de estímulo ou de desincentivo, os quais devem ser passíveis de aceitação pela coletividade[51].

Em oposição à tese de Hardin, Federico Aguilera Klink[52] afirmou que os bens públicos e comuns não são um problema, mas uma espécie de propriedade cuja regulação decorre, geralmente, de um sistema consuetudinário. Assim, com base em outros autores, para Klink, estes bens apresentam quatro características principais. Primeiramente, eles pertencem e podem ser usados por cada um dos membros de uma dada coletividade. Ademais, esta prerrogativa de uso individual do bem não se esgota caso o titular não a exerça. Outrossim, o uso destes bens pelos membros da coletividade independe da sua compra. Enfim, pessoas estranhas à comunidade estão impedidas de usar o bem.

Assim, para Klink, as questões sobre estes bens são tratadas erroneamente pela doutrina. Segundo ele, concepções como as de Hardin identificam estes bens às *res nullius*, ou partem da suposição de que todos têm livre acesso a eles, o que nem sempre é verdadeiro. Dessa

limitado. A ruína é o destino para o qual todos os seres humanos se precipitam, cada um busca seu próprio melhor interesse em uma sociedade que cria na liberdade dos (bens) comuns. A liberdade de uso dos bens comuns leva à ruina para todos". (HARDIN, Garret. La tragedia de los comunes. *Revista ambiente y desarrollo*, Santiago del Chile, n. 23 (1). p. 53-63. 2007. p. 56-57.)

[50] Roberto Guena de Oliveira, ao abordar o tema da poluição e do uso dos recursos naturais, ilustra um dos meios de gerir estes bens. Segundo ele, atualmente, há o sistema de "permissões negociáveis" – crédito de carbono. Neste sistema, estipula-se uma "quantidade" de uso/poluição por cada indivíduo/empresa e tais quantias são passíveis de alienação por aqueles que não precisam/desejam fazer uso de todo o potencial a que têm direito, o qual pode ser adquirido por quem necessite/deseje sobejar tal utilização. (OLIVEIRA, Roberto Guena. Economia do meio ambiente. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR, Rudinei (Org.). *Manual de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 536.)

[51] HARDIN, Garret. *Op. cit.*, p. 59-63.

[52] KLINK, Federico Aguilera. El fín de la tragedia de los comunes. *Ecologia política*, Barcelona, n. 3. (Cuadernos de debate internacional). p. 137-145. 1990.

forma, estas concepções apresentam soluções utilitaristas como a possibilidade de apropriação privada dos bens públicos e comuns, o que conferirá ao proprietário particular o poder de definir as formas de sua gestão.

Ademais, para Klink, as soluções utilitaristas são paradoxais. Elas partem do pressuposto de que que cada um, ao buscar o seu próprio interesse, impede a realização do interesse público. Porém, a resolução do dilema se sustenta em transferir o bem a um terceiro que, ao realizar o seu interesse privado, magicamente, realizará, também, o interesse público.

Dessa forma, a "tragédia dos comuns" é, na realidade, a "tragédia" dos bens que não são passíveis de apropriação individual, o que denota uma tentativa escamoteada de privatização dos mesmos[53]. Assim, para Klink, a solução das questões que envolvem os bens públicos e comuns, conforme a terminologia adotada pelas Ciências Econômicas, exige que se construam acordos institucionais que permitam decidir as regras acerca da gestão deles.

A partir da exposição de ambas as orientações doutrinárias, pode-se investigar a forma como o Direito traduziu estes problemas econômicos e as soluções que ele apresentou aos mesmos. Neste sentido, pode-se afirmar que o sistema jurídico reconheceu os problemas relacionados à "tragédia dos comuns" e para saná-los adotou soluções que guardam pontos de contato com as propostas de Hardin e as de Klink.

Os bens públicos e comuns, em sentido econômico, são considerados como bens públicos pelo Direito. Porém, o ordenamento jurídico compreende esta expressão em sentido diverso àquele adotado pelas Ciências Econômicas, pois, neste caso, o vocábulo público é empregado em sua acepção restrita – identificado às pessoas jurídicas de direito público.

Assim, o Direito conferiu a titularidade de muitos destes bens a um único sujeito de direito – por exemplo, a um dos Entes Públicos territoriais. As regras sobre a gestão destes bens – isto é, a sua aquisição, alienação, conservação, uso e controle – são definidas por meio de textos jurídico-normativos produzidos pelos Poderes Legislativos de cada um dos Entes Públicos titulares[54].

---

[53] Este é o caso do ambiente e dos bens ambientais. Conforme a doutrina do Direito Ambiental, o ambiente é um "macro-bem" unitário pertencente a todos os indivíduos e, portanto, sujeito à "tragédia dos comuns". Porém, este "macro-bem" é integrado por "micro-bens", os quais são considerados como uma forma de partição da natureza, que, em última análise, possibilita a apropriação particular de cada um deles e, de forma indireta, permite a privatização de todo o ambiente. Neste sentido, José Robson da Silva afirma que: "A principal estratégia da patrimonialização da natureza parece ser a fragmentação. É pela fragmentação da natureza que o processo de apropriação é desencadeado. Embora o ambiente não possa ser objeto de direitos reais, o Direito positivo por mecanismos de desmonte acaba por engendrar e constituir a propriedade privada". (SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico*: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 60, 222. No mesmo sentido: LEITE, José Rubens Morato. *Direito ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83.)

[54] Ou no caso das autarquias, pelo Poder Legislativo dos Entes Públicos a que elas se vinculam.

Dessa forma, os Entes Públicos devem gerir os bens públicos em consonância aos citados textos jurídico-normativos de forma a atender às necessidades dos membros da coletividade. Assim, há situações em que o uso de um dado bem pelos indivíduos será vedado, em relação a outros bens, o acesso se restringirá a um grupo específico de indivíduos; mas, em relação à maior parte dos bens, o acesso será livre, ainda que mediante uma contraprestação paga pelo usuário. Todas estas situações se ligam, portanto, à satisfação das sobreditas necessidades, o que significa que os membros da coletividade estão legitimados para defenderem estes bens, pois, a gestão adequada dos mesmos integra o seu patrimônio, nos termos anteriormente mencionados.

A forma como o sistema jurídico brasileiro tratou a tragédia dos comuns implica reconhecer que ele adotou, na maior parte dos casos, a segunda combinação do sentido específico da expressão "bens públicos". Isto é, o vocábulo "bens" como objetos materiais dos direitos reais e o vocábulo "públicos" como designativos de Entes Públicos, o que denota a necessidade de examinar esta segunda possibilidade.

1.2.2 A acepção jurídica de bens públicos

Desde o Código Civil brasileiro de 1916 esta identificação já se fazia presente, como ilustrava o artigo 65. Este prescrevia que se consideravam "públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios", os demais bens eram "particulares", independentemente de seus titulares.

O Código Civil de 2002 aperfeiçoou a redação anterior, pois, no artigo 98, substituiu a menção aos Entes Federados pela dicção "pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno". Dessa forma, conforme a regra atual, os bens públicos são aqueles pertencentes aos Entes Federados e às autarquias. Em consonância ao Código de 1916, o atual prescreve que os demais bens, independentemente de sua titularidade, são considerados bens "particulares".

Não obstante, a doutrina jurídica brasileira não é pacífica quanto à extensão da citada regra. Assim, quanto a este aspecto, os autores brasileiros podem ser divididos em três grupos principais.

O primeiro grupo considera a titularidade do bem como o principal elemento para classificá-lo como público. Neste grupo reúnem-se administrativistas clássicos como Tito

Prates da Fonseca[55], Mário Masagão[56], Manuel de Oliveira Franco Sobrinho[57] e, também, autores atuais como Edmir Netto de Araújo[58] e José dos Santos Carvalho Filho.

Para este último autor, a literalidade do artigo 98, do atual Código Civil, somente possibilita reconhecer como bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Conforme o mesmo Código, no artigo 41, consideram-se "pessoas jurídicas de direito público interno", os Entes Federados – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios – as "autarquias"[59], bem como as "demais entidades de caráter público criadas por lei"[60].

Para esta corrente doutrinária, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos Entes Públicos – por exemplo, empresas públicas e sociedades de economia mista – são bens particulares. Afinal, a última parte do artigo 98, do Código Civil, explicitamente prescreve que "todos os outros [bens] são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem".

Ademais, estas pessoas jurídicas não constam do rol criado pelo artigo 41, do Código Civil, e não é possível fazer uma interpretação extensiva que as considere insertas na expressão "demais entidades de caráter público criadas por lei". Isto porque a lei não cria estes sujeitos de direito, mas, somente, autoriza a sua instituição, nos termos do inciso XIX, do artigo 37, da Constituição[61].

---

[55] FONSECA, Tito Prates. *Op. cit.*, p. 322-323 e 350-352.

[56] MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 148.

[57] FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 247-248.

[58] Não obstante o autor afirme adotar o critério da afetação, ele reconhece que o "ordenamento vigente parece indicar que os bens públicos pressupõem a titularidade de uma pessoa jurídica de direito público interno". (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1122-1123.)

[59] Sob a denominação "autarquias" incluem-se os Territórios, as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e as associações públicas.

[60] Não obstante a titularidade dos bens públicos seja uma forma de reafirmação da personalidade pública dos citados sujeitos de direito, José dos Santos Carvalho Filho reconhece que, na prática, tem-se visto casos em que os bens públicos têm sido registrados como pertencentes aos órgãos públicos. Segundo ele: "Na prática, tem ocorrido o registro de propriedade atribuído a Tribunal de Justiça, Assembleia Legislativa, Ministério Público. A indicação revela apenas que o bem foi adquirido com o orçamento daquele órgão específico, estando, por isso, afetado a suas finalidades institucionais. A propriedade, todavia, é do ente estatal, no caso, o Estado-membro, e não do órgão, que não tem personalidade jurídica e representa mera repartição interna da pessoa jurídica, por mais relevante que seja as suas funções. O efeito jurídico exclusivo de semelhante afetação é o de que, somente por exceção, deve o bem ser desvinculado dos fins institucionais do órgão, eis que, afinal, este o adquiriu com recursos próprios". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1158.)

[61] O inciso XIX, do artigo 37, da Constituição da República, prescreve: "Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

Apesar de os bens das citadas pessoas jurídicas serem particulares, José dos Santos Carvalho Filho reconhece que a lei que autorizou a sua instituição e outros textos jurídico-normativos podem criar regimes jurídicos especiais que aproximem estes bens daqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Nesta hipótese, este regime jurídico especial derrogará as regras gerais que, *a priori*, aplicar-se-iam aos citados bens, sem, contudo, modificar a sua natureza jurídica de bens particulares[62].

O segundo grupo de doutrinadores considera a origem dos bens como o elemento central a ser analisado na classificação dos bens como públicos ou particulares. O principal expoente desta corrente foi Hely Lopes Meirelles[63].

Para ele, os bens públicos eram, em sentido amplo, "todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais".[64] Dessa forma, as coisas – bens em sentido restrito – pertencentes aos entes com personalidade jurídica de direito privado eram considerados bens "públicos com destinação especial e administração particular", devido à sua origem pública.

Conforme o autor, estes bens foram entregues às pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos Entes Públicos para a consecução de uma finalidade pública – aquela que motivou a criação destes mesmos sujeitos de direito. Todavia, o fato destas pessoas jurídicas serem titulares destes bens não lhes retira a natureza pública, pois, se estas pessoas jurídicas forem extintas, estes bens serão revertidos aos Entes Públicos que as criaram. Logo, é a natureza pública destes bens que explicaria porque atos lesivos cometidos contra eles são passíveis de invalidação mediante, por exemplo, ação popular.

Por sua vez, o terceiro grupo de autores considera a aplicação destes bens para prestação do serviço público como o critério fundamental. Neste grupo inserem-se autores como Diógenes Gasparini, Celso Antônio Bandeira de Mello e Irene Patrícia Nohara[65].

Para Diógenes Gasparini[66], os bens públicos são "todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculados à prestação de serviço público". Nesta mesma linha, Celso Antônio Bandeira

---

[62] *Ibid*., p. 1160; MASAGÃO, Mário. *Op. cit.*, p. 148; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op. cit.*, p. 1123.
[63] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 105.
[64] Conforme Lúcia Valle Figueiredo, originalmente o professor Hely Lopes Meirelles empregava a expressão "entes paraestatais", para designar as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado. Contudo, os atualizadores de sua obra, visando adequar a terminologia à hodierna conformação da matéria substituíram-na por "empresas governamentais", de forma a abarcar as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 566).
[65] NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 665.
[66] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 880-881.

de Mello[67], afirma que bem público é aquele que pertence a uma pessoa jurídica de direito público interno ou a pessoas jurídicas de direito privado, desde que tal bem esteja afetado à "prestação de um serviço público".

Dessa forma, para esta última corrente, os bens das concessionárias de serviços públicos vinculados à prestação de tais atividades são considerados bens públicos. Todavia, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas são bens particulares que podem estar sujeitos a um regime jurídico especial[68].

Apesar das diferenças de posicionamento, as três correntes acima convergem em um ponto que, porém, está implícito em todas as construções doutrinárias: a finalidade destes bens, isto é, a sua afetação para a realização concreta do interesse público. No caso da primeira corrente a vinculação à realização do interesse público está subentendida na pertença dos bens aos Entes Públicos, pois estes somente podem agir em consonância e para a realização deste interesse, nos termos definidos pelo sistema jurídico. A segunda corrente abarca e amplia a primeira orientação, pois reconhece que a realização do interesse público que levou os Entes Públicos a criarem pessoas jurídicas de direito privado se espraia aos bens destas últimas entidades, o que lhes confere uma natureza pública. Enfim, a última corrente vincula estes bens à consecução de uma das funções administrativas que existem para realizar o interesse público – no caso o serviço público. Assim, nesta última hipótese, os bens empregados pelos prestadores de serviço público – sejam eles Entes Públicos ou privados, criados pelos primeiros ou não – na execução desta função são considerados bens públicos.

A exposição das três correntes doutrinárias acima deixou clara a diversidade de posicionamentos acerca do que se consideram bens públicos no ordenamento jurídico brasileiro. Esta falta de uniformidade exige que se explicite, aqui, o sentido que se atribuirá à aludida expressão.

---

[67] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 913.

[68] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 881.

1.2.3 A acepção adotada: os bens públicos, os bens sujeitos a vínculos de especial sujeição, o domínio público e os bens públicos urbanos

Apesar dos fundamentos apontados pelas duas últimas correntes doutrinárias, tem-se que o direito positivo brasileiro, de forma explícita, adotou como critério identificador dos bens públicos a sua titularidade por uma pessoa jurídica de direito público. Assim, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, independentemente de quem as tenha instituído, possuem a natureza jurídica de bens particulares.

O ato que transfere bens dos Entes Públicos para formar o patrimônio jurídico de empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas regidas pelo direito privado transforma a natureza jurídica destes bens. Eles se tornam bens particulares e somente em razão desta transformação eles são passíveis de serem apropriados por sujeitos dotados de personalidade jurídica de direito privado. Assim, estas entidades são titulares de um direito de propriedade sobre os bens transferidos e não de um direito de uso privativo sobre estes bens – hipótese em que não haveria uma transferência dominial e os bens permaneceriam públicos.

O fato dos bens das pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos Entes Públicos reverterem aos seus criadores no caso de extinção destas entidades não descaracteriza a sua natureza jurídica de bens privados. Na verdade, esta é uma das consequências da extinção de qualquer pessoa jurídica de direito privado, independentemente do seu criador. Dessa forma, o ato que extingue as citadas entidades tem como consequências transferir os bens que pertenciam às citadas pessoas jurídicas aos Entes Públicos criadores, transformando a natureza jurídica destes bens – que deixarão de ser bens particulares e se tornarão públicos.

Por sua vez, afirmar que um bem destinado à prestação de um serviço público o torna um bem público também se afigura problemático. Primeiramente, a prestação de serviços públicos não é a única função administrativa atribuída aos Entes Públicos. Assim, desprestigiar estas outras funções – por exemplo, a intervenção no domínio econômico – implica em considera-las como menos importantes: esta hierarquização das ações públicas é ideológica e não jurídica.

Ademais, há casos em que um bem de propriedade de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica de direito privado criada por ele, é empregado para a realização de uma atividade de interesse público, sem que isto torne este bem um bem público. Este é o caso, por exemplo,

de imóveis particulares ocupados temporariamente para a realização de obras públicas[69]. Outra ilustração pode ser encontrada nos imóveis particulares alugados pelos Entes Públicos para neles instalarem órgãos públicos destinados à prestação de um determinado serviço público – por exemplo, uma escola. Neste caso, o contrato de aluguel não tem o poder de transformar a natureza jurídica do citado bem que permanecerá particular, embora nele funcione um serviço público.

Todavia, a adoção da compreensão de que os bens públicos são as coisas que pertencem às pessoas jurídicas de direito público não afasta, totalmente, as contribuições das demais correntes doutrinárias acima citadas. Embora os bens das pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos Entes Públicos e os bens particulares aplicados para a realização concreta do interesse público não sejam bens públicos, eles são bens inseridos no patrimônio público. Afinal, recorde-se que o patrimônio público é composto por direitos e obrigações que incidem sobre bens que podem ou não pertencer às pessoas jurídicas de direito público.

Consequentemente, pode-se afirmar que a acepção de patrimônio público adotada pelo direito brasileiro abarca bens que pertencem aos Entes Públicos e bens de terceiros sujeitos a vínculos de especial sujeição[70]. Este vínculo é consubstanciado por meio de inúmeros atos jurídicos e se caracteriza por estabelecer uma ligação entre um determinado bem – que não pertence à pessoa jurídica de direito público – e a realização de uma finalidade pública que foi atribuída a este Ente Público.

Assim, o vínculo de especial sujeição submete o bem a um regime jurídico especial que pode conter um ou diversos pontos de contato com o regime jurídico dos bens públicos. Este regime jurídico especial tem como objetivo garantir que ele seja empregado na consecução do interesse público específico que motivou a instituição do mencionado liame. Isto é, o citado vínculo atribui aos bens uma função social específica que prescreve a destinação a ser dada ao bem e conforma as prerrogativas proprietárias e não-proprietárias que incidem sobre ele.

Esta distinção permite compreender o significado que a expressão domínio público apresenta no direito brasileiro. Em linhas gerais, no direito europeu continental, os bens públicos se dividem em duas categorias: os bens do domínio público e os bens do domínio privado ou bens patrimoniais. Assim, a expressão domínio público se restringe aos bens públicos afetados a uma finalidade pública específica – sua utilização pelo conjunto da

---

[69] Neste sentido, o artigo 36, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, prescreve: "Art. 36 – É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização".

[70] MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 141 e 147.

comunidade ou para alguma destinação específica sob um regime particular, como a prestação dos serviços públicos. Este é o caso do direito francês, em que os bens do *domaine public* se submetem a um regime de direito público e os bens do *domaine privé* são regidos pelo direito privado.

Porém, no Brasil, o vocábulo domínio possui um sentido diverso. Conforme Pontes de Miranda[71], embora comumente se empregue o citado vocábulo como sinônimo de propriedade, tecnicamente, esta é o gênero e aquele a espécie, uma vez que o domínio designa a propriedade sobre bens imóveis. Assim, a expressão domínio público, no Brasil, designa os imóveis públicos pertencentes aos Entes Públicos, independentemente da afetação atribuída ao bem antes da desapropriação.

Apesar das advertências técnicas acima, a confusão entre a espécie e o gênero – domínio e propriedade – pode ser encontrada até mesmo na legislação, como ilustra o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Este prescreve que "os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa". A despeito da imprecisão terminológica, a regra acima deixa claro que a expressão domínio público – no caso domínio dos Entes Federados citados – designa os bens pertencentes às citadas pessoas jurídicas de direito público, sem qualquer relação com a sua finalidade.

Enfim, deve-se definir um último pressuposto conceitual, cujo escopo é demarcar os bens do domínio público que se constituem como o objeto principal da investigação aqui realizadas. Assim, consideram-se bens públicos urbanos os imóveis pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, situados no perímetro urbano ou que se destinem à realização de atividades urbanas[72] – o que, neste caso, independe da sua localização.

Não obstante o domínio público urbano seja o foco central da pesquisa realizada, a sua compreensão exige analisar alguns outros temas que lhes são correlatos. Neste sentido, algumas digressões e análises sobre o regime jurídico dos bens particulares, dos bens não-urbanos e dos bens sujeitos a vínculos de especial sujeição se farão necessárias. O exame destes elementos paralelos permite auferir a origem do regime jurídico dos bens públicos urbanos,

---

[71] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, direito das coisas: propriedade, aquisição da propriedade imobiliária. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. t. 11, p. 60.

[72] Entende-se por atividades urbanas aquelas que não se destinam à produção de gêneros primários – extrativismo, agricultura, pecuária, agroindústria etc – nos termos definidos pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente.

compará-lo ao regime jurídico dos demais bens citados e apresentar alguns pontos de contato entre todos eles.

Assim, em última medida, estas investigações objetivam construir um esquema analítico que possibilite aprofundar o conhecimento sobre os bens públicos urbanos e esclarecer alguns pontos controversos que os envolvem. Este é o caso, por exemplo, da discussão quanto à natureza jurídica da relação de pertença dos bens públicos, em geral, e dos bens públicos urbanos especificamente.

2 Os principais aspectos metodológicos

As respostas às indagações que motivaram a realização destas investigações permitiram extrair elementos que podem contribuir para reconstruir a teoria e o regime jurídico dos bens públicos urbanos e reorientar a gestão do patrimônio público imobiliário urbano. Assim, dentro dessa vertente jurídico-teórica, afirma-se que o raciocínio empregado nesta pesquisa foi o dedutivo-interpretativo. Dessa forma, as conclusões obtidas possibilitaram a confrontação entre esta nova compreensão e a exegese tradicional, cujo resultado foi a confirmação da hipótese abaixo apresentada.

Neste sentido, verifica-se que a pesquisa mesclou as vertentes teórico-metodológicas a seguir: jurídico-dogmática e jurídico-teórica[73]. Ademais, o desenvolvimento das investigações exigiu uma abordagem interdisciplinar que envolveu diversos ramos do Direito e outras áreas do conhecimento. Entre os principais ramos do Direito investigados podem-se citar: o Direito Administrativo, o Direito Urbanístico, o Direito Constitucional, o Direito Civil etc. As pesquisas realizadas fora das Ciências Jurídicas abrangeram temas e estudos desenvolvidos, principalmente, nas seguintes áreas: a Teoria Política, a Economia, a Sociologia, a Antropologia, a História, a Filosofia, o Urbanismo etc.

[73] A vertente jurídico-dogmática considera os elementos internos ao sistema jurídico, para apresentar as "relações normativas nos vários campos do Direito e com a avaliação das estruturas internas do ordenamento jurídico". A vertente jurídico-teórica enfatiza os "aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários" dos ramos do Direito envolvidos na pesquisa. (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 41-42.)

2.1 Hipótese e principais objetivos

Como se viu, no Brasil, tradicionalmente, compreende-se que o fundamento da titularidade dos bens públicos urbanos é o interesse público, visto em uma perspectiva etérea e, portanto, inadequada face ao ordenamento jurídico atual. Assim, para responder às questões que originaram a investigação, partiu-se de cinco proposições construídas com base no ordenamento jurídico brasileiro e que devem ser comprovadas no decorrer da apresentação dos resultados da pesquisa.

Inicialmente, propõe-se que as novas construções sobre o interesse público o identificam, em uma acepção deontológica, à realização dos direitos fundamentais[74]. Propõe-se, ainda, que a relação jurídica que tem por objeto a titularidade dos bens públicos urbanos possui natureza jurídica proprietária[75]. Propõe-se, também, que, no Direito Urbanístico, o interesse público se apresenta como o "direito à cidade", pois ele se identifica à realização dos direitos fundamentais de expressão ou impacto territorial. Propõe-se que a função social da propriedade urbana é uma forma de densificação do direito à cidade. Enfim, propõe-se que a função social da propriedade urbana possui natureza jurídica de direito fundamental.

Assim, pode-se afirmar que a hipótese ou resposta às indagações originais e que foram testadas durante a investigações reconhecem que o fundamento tradicional da titularidade dos bens públicos está incompleto. No caso não se está diante de um sentido genérico de interesse público, mas, de um sentido denso e específico corporificado na função social. Assim, as prerrogativas proprietárias e não-proprietárias relativas a estes bens e a destinação dos mesmos se vincula à realização dos direitos fundamentais[76]. Eles, no âmbito do Direito Urbanístico, reúnem-se na denominação direito à cidade, o qual se apresenta como a expressão da dignidade humana na produção do espaço[77]. Assim, o direito à cidade confere aos indivíduos

---

[74] PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Em sentido aproximado, mas pugnando por uma exegese axiológica dos direitos fundamentais: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[75] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*: droit administratif des biens. 15. ed. Paris : LGDJ, 2014. (tome 2); PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*; RODOTÀ, Stefano. *Op*. cit.

[76] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

[77] Nesse sentido, Liana Portilho de Mattos afirma: "[…] um compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a garantia dos direitos humanos fundamentais: moradia, trabalho, saúde, educação, lazer, acesso à justiça, segurança, entre tantos outros". (MATTOS, Liana Portilho. Arts. 1º, 2º e 3º. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 86.)

o direito de acesso a tais bens e o direito de participar do processo decisório de definição de sua destinação[78].

Consequentemente, pode-se reconhecer que a propriedade pública urbana é uma função social[79], o que impacta diretamente a gestão dos bens públicos urbanos. Entre estes impactos estão, por exemplo, a reconfiguração do regime dos bens públicos e as limitações às possibilidades de aquisição e alienação destes imóveis e ao poder discricionário dos proprietários públicos no tocante ao uso e à destinação deles. Outros impactos abrangem as restrições às prerrogativas daqueles que utilizam privativamente os bens públicos urbanos e o reconhecimento da legitimidade para que os indivíduos, isolada ou conjuntamente, controlem a gestão do patrimônio público imobiliário[80]. Enfim, podem-se citar como reflexos da citada identificação: as possibilidades de se garantir a segurança jurídica dos ocupantes de imóveis públicos, notadamente em se tratando de populações pauperizadas que utilizam estes bens para o exercício do direito fundamental à moradia.

Portanto, o objetivo geral/principal da investigação realizada foi refletir sobre os fundamentos jurídicos da propriedade pública urbana a partir dos impactos que as novas compreensões sobre o interesse público ocasionaram no regime jurídico dos bens públicos urbanos. Estas reflexões proporcionaram reler este instituto jurídico e construir novos elementos que nortearão a gestão pública imobiliária urbana de forma a garantir a realização da função social da propriedade pública e, consequentemente, do direito à cidade.

Este objetivo geral/principal foi segmentado em objetivos específicos que permitem avaliar o caminho percorrido durante a pesquisa e, portanto, o processo analítico de construção do conjunto teórico que sustentou a investigação. Dessa forma, estes objetivos podem ser sintetizados em três grandes grupos.

O primeiro grupo de objetivos específicos abrange a construção da concepção de interesse público, com ênfase no caso brasileiro. Isto é, a partir de uma perspectiva

---

[78] "O direito à cidade implica que os munícipes participem das decisões referentes à produção e ordenação do espaço, conferindo-lhes a possibilidade de, numa dimensão simbólica, propiciar-lhes a apropriação deste mesmo espaço de modo a se sentirem membros da comunidade em que vivem, de se sentirem retratados na e pela paisagem urbana. Logo, deve haver a acessibilidade aos bens, à infraestrutura, aos serviços públicos e às condições sociais, de modo a possibilitar que os homens lhe atribuam um significado". (COSTA, Igor Sporch da. O urbanismo e o direito por um prisma interdisciplinar: um estudo sobre a produção normativa para a efetivação do direito à cidade. *Revista de direito administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v.255, p. 161-192, set./dez. 2010. p. 175.)

[79] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*...

[80] Neste sentido, inserem-se as possibilidades e instrumentos jurídicos atribuídos aos Municípios para controlarem a gestão dos imóveis públicos urbanos situados em seu território, independentemente de estes pertencerem aos Estados federados ou à União.

deontológica, buscou-se fixar as bases jurídicas presentes na Constituição de 1988 que permitem uma releitura da teoria do interesse público.

O segundo grupo abrange três elementos que decorrem da releitura da sobredita teoria. O primeiro é a transição de uma concepção monista do direito de propriedade – que o restringiu à seara privada – para uma concepção pluralista que reconhece a propriedade pública como uma espécie do gênero propriedade. O segundo se refere à regulação jurídica do espaço físico, notadamente urbano para demonstrar que, a partir da perspectiva deontológica citada, o conteúdo do direito à cidade é uma densificação do interesse público. O terceiro elemento engloba os diversos aspectos ligados à função social urbana – seu conteúdo jurídico, óbices etc – com ênfase na propriedade privada, pois as discussões sobre a funcionalização da propriedade estão mais avançadas no âmbito do Direito Privado.

O último grupo de objetivos específicos se refere aos bens públicos urbanos e ao seu regime jurídico, com ênfase no caso brasileiro. Este grupo de objetivos englobou os elementos que propiciaram definir os fundamentos da propriedade pública e os impactos do Direito Urbanístico sobre estes bens.

2.2 Natureza dos dados

Os dados levantados e operacionalizados foram primários e secundários. Objetivou-se, por meio da sua análise realizar uma abordagem crítica do tema e apresentar possíveis soluções ao problema que motivou esta investigação.

Os dados primários coletados foram, principalmente, os textos jurídico-normativos – regras e princípios – que se relacionam ao tema da pesquisa. No que concerne aos textos jurídico-normativos brasileiros do tipo regra, examinaram-se aqueles de abrangência nacional e/ou federal e no que se refere aos atos normativos utilizados na pesquisa de direito comparado, primou-se pela investigação dos atos de abrangência nacional. Estes dados foram analisados com base nos elementos que compõem o marco teórico que sustentou esta investigação, com o escopo de extrair os possíveis significados dos citados textos jurídico-normativos e, consequentemente, o seu conteúdo normativo.

Por sua vez, sob a denominação dados secundários reúnem-se os comentários elaborados pela doutrina – jurídica ou não, brasileira e estrangeira – sobre as questões relacionadas ao tema da pesquisa. Estas análises doutrinárias contribuíram para formar as

interpretações elaboradas e, também, forneceram algumas ilustrações que possibilitaram reanalisar as propostas apresentadas[81].

2.3 Técnicas e procedimentos metodológicos

Como se extrai dos elementos acima, a investigação adotou a técnica teórica, mediante "a construção de esquemas conceituais específicos" e se utilizaram "vários processos discursivos e argumentativos" para demonstrar a "validade dos esquemas propostos"[82]. Os principais procedimentos utilizados foram a análise bibliográfica e documental que permitiu a elaboração de um sistema conceitual analítico para referenciar as inferências realizadas.

Nas investigações sobre o sistema jurídico brasileiro prevaleceram as vertentes jurídico-dogmática e jurídico-teórica. Analisaram-se as fontes primárias nacionais e as fontes secundárias, mediante uma investigação "jurídico-interpretativa" dos institutos. Neste momento, o problema foi decomposto em "seus diversos aspectos, relações e níveis", de forma a possibilitar a compreensão sistemática do tema. Assim, analisaram-se textos jurídico-normativos, doutrinárias e jurisprudenciais que sustentam ou se contrapõem à concepção tradicional sobre os elementos analisados, com o escopo de apontar novas formas de compreensão dos mesmos e as condições de efetividade destes elementos[83].

Em seguida realizou-se uma investigação "jurídico-comparativa"[84], elegendo-se os sistemas jurídicos da França, de Portugal, da Itália e da Espanha como ordenamentos a serem comparados. Eles foram reunidos sob a expressão Europa latina ocidental[85] e a sua seleção não

---

[81] Inserem-se, também, entre os dados secundários as decisões jurisprudenciais brasileiras e estrangeiras selecionadas e examinadas no texto, cujos argumentos contribuíram para confirmar ou rechaçar as teorizações realizadas e indicaram algumas tendências sobre os elementos analisados. Saliente-se que a pesquisa jurisprudencial brasileira se centrou nas decisões colegiadas expedidas pelo Supremo Tribunal Federal – a Corte Constitucional brasileira – e pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete a última decisão em matérias infraconstitucionais.
Apesar de muitas das decisões brasileiras selecionadas não vincularem os demais juízes, elas se constituem como fontes para que estes últimos magistrados decidam os casos que lhes são submetidos. Por estas razões, embora a investigação centrada nas decisões dos Tribunais Superiores não abranja a totalidade da magistratura brasileira – o que, em certa medida, prejudica a visão global – ela fornece fortes indícios sobre o sentido da jurisprudência brasileira no que concerne aos temas abordados.

[82] GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 112.

[83] Este exercício de contraposição demonstra a incursão em análises fundadas em uma perspectiva dialética. (*Ibid*., p. 49-50.)

[84] *Ibid*., p. 49.

[85] A expressão Europa latina é originada dos estudos linguísticos e culturais. Ela abarca, por exemplo, a Romênia, Portugal, Espanha, França, Itália, Andorra, Mônaco, San Marino, Vaticano, os territórios suíços e belgas falantes de línguas neolatinas etc. Assim, com exceção do primeiro Estado acima citado, os demais se inserem,

foi aleatória, mas, orientou-se pela influência dos mesmos na formação do sistema jurídico brasileiro[86].

As influências ibéricas são notórias. O Brasil como uma ex-colônia portuguesa foi fortemente influenciado pelo direito lusitano, o que se pode notar, por exemplo, no regime de terras. Por sua vez, as influências do direito espanhol podem ser sentidas no Direito Administrativo e, principalmente, no Direito Urbanístico brasileiro.

No que concerne à França, tem-se que ela foi um dos pilares sobre o qual se construiu o Direito Público brasileiro. Neste mesmo sentido, verificou-se que a construção do Direito Urbanístico brasileiro foi influenciada pelo sistema francês, o qual, também, forneceu algumas das principais bases para a construção do regime dos bens públicos brasileiros. Ademais, o regime da propriedade privada também sofreu forte influência francesa, como comprovam a concepção monista do direito de propriedade e as influências de Duguit na construção das teorizações brasileiras sobre a função social.

Enfim, as influências da Itália podem ser encontradas em todo o Direito Administrativo brasileiro. Neste sentido, tem-se, por exemplo, a adoção da teoria de Renato Alessi sobre o interesse público pela doutrina brasileira e a construção do regime dos bens públicos. Outrossim, o sistema italiano também influenciou o Direito Urbanístico brasileiro e contribuiu para as construções teóricas sobre a multiplicidade dos regimes jurídicos proprietários.

---

em sentido amplo, na expressão Europa latina ocidental e apresentam pontos de contato que remontam à cisão do Império Romano, pois, os seus territórios foram abarcados pelo Império Romano do Ocidente. Ademais, em termos geopolíticos, durante a Guerra Fria, estes Estados se filiaram ao bloco capitalista em oposição ao bloco socialista, do qual a Romênia fazia parte.

Não obstante, aqui, adota-se um sentido mais estrito para a expressão Europa latina ocidental, pois, excluem-se os Estados onde somente uma parte do território seja falante de línguas de origem romana. Além disso, excluem-se, também, os Microestados acima citados, pois, os mesmos não influenciaram o sistema jurídico-brasileiro, apesar da importância do catolicismo na conformação das instituições brasileiras.

Assim, a expressão Europa latina ocidental se refere, principalmente, aos Estados mediterrâneos da Europa Ocidental – Portugal, Espanha, França e Itália – que possuem como características comuns a influência das instituições romanas na conformação de suas instituições culturais, políticas e jurídicas. Por exemplo: a língua oficial destes Estados é neolatina; eles sofreram forte influência do catolicismo romano e reúnem um grande número de adeptos desta religião; seus ordenamentos jurídicos se filiam ao sistema europeu continental ou romano-germânico. Outrossim, estes Estados influenciaram, em maior ou menor grau, a formação das instituições jurídicas, políticas e culturais brasileiras.

[86] Não obstante, eventualmente, analisaram-se textos jurídico-normativos de abrangência internacional ou que vigoram nos Estados membros da União Europeia. Ademais, a análise da doutrina e da jurisprudência dos autores franceses, portugueses, italianos e espanhóis não se restringiu à investigação jurídico-comparativa, mas, fez-se presente em outros momentos da investigação. Neste mesmo sentido, examinaram-se alguns textos jurídico-normativos, obras doutrinárias e decisões jurisprudenciais que pertencem aos ordenamentos jurídicos de Estados que não estão abarcados pela expressão Europa latina ocidental.

Todavia, nestes casos, a análise não observou o rigor metodológico inerente às investigações em Direito Comparado. Nestes casos, pretendeu-se ilustrar ou contextualizar alguns aspectos abordados, ou examinar construções teóricas específicas de alguns autores.

Como fontes de comparação elegeram-se, principalmente a doutrina e a legislação, o que não excluiu eventuais análises ou menções da jurisprudência. Ademais, deve-se salientar que a investigação "jurídico-comparativa" ocorreu em quatro momentos principais.

O primeiro momento se relacionou à descrição sintética das bases francesa e italiana do regime jurídico dos bens públicos brasileiro. Neste caso, elegeram-se como elementos de comparação a concepção original sobre a natureza jurídica da relação de pertença dos bens públicos e os elementos taxonômicos que sustentaram as duas principais classificações brasileira destes bens.

O segundo momento foi a descrição do sistema de ordenação espacial, com ênfase na ordenação do território e no Direito Urbanístico. Estas questões já estão solidificadas nos sistemas da Europa latina ocidental, o que, porém, não ocorre no Brasil. Assim, a análise destes aspectos foi fundamental, pois esclareceu as bases do sistema brasileiro e forneceu elementos aptos a consolidar estas disciplinas.

O terceiro momento foi a descrição dos impactos dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico sobre os bens públicos e as prerrogativas de seus titulares. Para realizar esta investigação, elegeram-se como elemento de comparação as prescrições normativas que obrigam os titulares dos bens públicos urbanos – com ênfase no Estado e nos Entes Regionais – a obedecerem aos planos urbanísticos criados pelos Entes Territoriais locais.

O último momento foi a tentativa de reconfigurar o regime jurídico dos bens públicos urbanos brasileiros. Neste caso, adotaram-se como elementos de comparação a atual sistemática sobre a titularidade dos bens públicos, a atual conformação da classificação destes bens e a vinculação do regime jurídico dos mesmos à realização das finalidades dos Entes Públicos.

Com base nos dados fornecidos pelas pesquisas realizadas anteriormente, desenvolveram-se investigações de tipo "jurídico-propositivo" e "jurídico-prospectivo"[87]. Assim, foi possível apontar algumas tendências legislativas e doutrinárias, bem como propor novas formas de se conceber os fundamentos jurídicos da titularidade dos bens públicos urbanos e os impactos desta nova concepção sobre a gestão do patrimônio público imobiliário[88].

[87] O que denota o aprofundamento do raciocínio dialético, mediante a apresentação de contradições e o confronto das mesmas. (*Ibid*., p. 44-45 e 50.)

[88] Assim, embora os resultados obtidos na pesquisa se restrinjam aos bens públicos urbanos, algumas das conclusões são passíveis de serem espraiadas para outros casos, como, por exemplo, os bens públicos agrários e ambientais.

3 Plano de exposição: divisão das partes e capítulos

Além desta Introdução, que reuniu os principais elementos teóricos e metodológicos que orientaram o desenvolvimento da pesquisa, esta tese foi dividida em duas Partes. Cada uma delas foi subdivida em dois Capítulos – em consonância aos objetivos específicos acima mencionados – e, ao final de cada uma delas, reuniram-se os principais argumentos apresentados. Após a última Parte apresentou-se a Conclusão das investigações.

Na Parte I analisaram-se as condições da função social sobre a relação de pertença dos bens públicos urbanos. Assim, no Capítulo 1, analisou-se a transição da concepção monista do direito de propriedade para uma concepção pluralista que reconhece a existência da propriedade pública. Ademais, neste Capítulo analisaram algumas das principais bases teóricas que sustentam a concepção brasileira sobre a função social da propriedade.

No Capítulo 2 examinaram-se a teoria do interesse público e as novas compreensões sobre este tema e, enfim, apresentaram-se os elementos que propiciaram uma releitura deontológica desta teoria em conformidade à Constituição vigente. Ademais, analisou-se a inserção da produção do espaço físico – notadamente urbano – como um problema relevante e que, portanto, exigiu uma resposta do ordenamento jurídico. Assim, investigou-se o surgimento e o desenvolvimento das ações estatais – brasileiras e da Europa latina ocidental – sobre este tema, com ênfase na disciplina jurídica do urbanismo. Neste sentido, examinou-se que esta disciplina jurídica tem como um de seus elementos centrais o direito à cidade, o qual se apresenta como uma densificação do interesse público, isto é: o direito à cidade é o interesse público urbanístico.

Neste Capítulo analisou-se, ainda, que a função social é uma densificação do direito à cidade e, portanto, é, em última análise a densificação do próprio interesse público. Contudo, embora a função social determine o regime jurídico proprietário, constatou-se que ela apresenta óbices à sua efetivação e, consequentemente, à efetividade do direito à cidade e do interesse público. Assim, o exame destes obstáculos se mostrou importante, para verificar se os mesmos se apresentariam no regime jurídico dos bens públicos.

A Parte II se ocupou da reconfiguração da concepção brasileira sobre os bens públicos, de forma a reconhecer que se está diante de uma espécie do gênero propriedade. Assim, a partir dos elementos coletados e examinados anteriormente, nesta Parte investigou-se o fundamento jurídico da propriedade pública urbana.

Assim, no Capítulo 1, descreveram-se as bases francesa e italiana do regime jurídico dos bens públicos brasileiro. Ademais, apresentou-se a atual sistemática sobre a titularidade dos bens públicos na Europa latina ocidental, a atual conformação da classificação destes bens e a vinculação do regime jurídico dos mesmos à realização das finalidades dos Entes Públicos. Apresentou-se, ainda, uma síntese acerca da concepção doutrinária brasileira acerca da teoria dos bens públicos.

Neste Capítulo também se examinaram os impactos do Direito Urbanístico sobre o regime jurídico dos bens públicos urbanos. Assim, enfatizaram-se os efeitos do Estatuto da Cidade e da nova conformação jurídica federal da regularização fundiária sobre os citados imóveis. Além disso, examinaram-se os reflexos dos planos urbanísticos sobre as destinações dos bens públicos e sobre as prerrogativas proprietárias dos Entes Públicos. Em relação a este último conjunto de impactos, apresentaram-se os sistemas da Europa latina ocidental e, a partir deles, fixaram-se alguns elementos que permitiram descrever e analisar o sistema brasileiro.

No Capítulo 2, sistematizaram-se os argumentos apresentados nos Capítulos precedentes e, com base nos dados fornecidos pelas pesquisas em direito comparado buscou-se reconfigurar o regime jurídico dos bens públicos. Dessa forma, desenvolveu-se a concepção da propriedade pública no sistema jurídico brasileiro e sua identificação como uma função social. A partir destas reconfigurações foi possível apontar alguns impactos sobre a gestão do patrimônio público imobiliário em geral e, notadamente, sobre a gestão dos bens públicos urbanos.

Enfim, na Conclusão retomaram-se e organizaram-se os principais argumentos apresentados em cada uma das duas Partes citadas de forma a responder à questão central que motivou a investigação realizada. Também se pontuaram os principais elementos que propiciam uma nova conformação da teoria dos bens públicos e, finalmente, apresentaram-se algumas propostas para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro.

Com o fim destas considerações preambulares estão presentes os elementos que permitem iniciar a exposição dos produtos provenientes da investigação realizada. Espera-se que eles estimulem o debate sobre o tema e contribuam para adequar o regime jurídico dos bens públicos e a gestão do patrimônio público imobiliário à realização dos direitos fundamentais de impacto/expressão territorial, o que é o cerne do interesse público urbanístico.

PARTE I – AS CONDIÇÕES DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

O direito de propriedade ocupa papel central na configuração da categoria jurídica interesse público. As bases político-filosóficas desta categoria do direito público foram construídas em torno da discussão sobre a apropriação privada dos bens e, consequentemente, a forma de tutela jurídica mais adequada a proteger a propriedade particular. Assim, fosse defendendo este direito ou considerando-o como um elemento de exploração social, não se pode afastar a imbricação entre estes elementos[1].

Por sua vez, a construção da esfera pública burguesa teve como um de seus motores iniciais o renascimento urbano ocorrido no final da Idade Média. Este renascimento fez com que as cidades, paulatinamente, tornassem-se o centro da vida socioeconômica, ocupando o espaço que, antes, havia sido conferido ao campo. Dessa forma, tanto a construção da citada categoria jurídica, quanto a sua releitura somente foram possíveis pelo incremento do contato humano proporcionado pelo modo de vida urbano.

Ambos os temas levam a uma conclusão óbvia, mas que, talvez por isso, seja muitas vezes esquecida: toda a atividade humana, das mais simples às mais complexas, das mais arcaicas às contemporâneas, necessita de uma base física para o seu desenvolvimento e, por isso, o solo e a sua titularidade sempre preocuparam os homens[2]. Esta preocupação cambiou no decorrer dos tempos e, atualmente, ela ganhou novos elementos diante das taxas de urbanização, já que, aproximadamente, 51,6% da população mundial e 84,4% da população brasileira vivem nas cidades[3]. Logo, se o primeiro tema foi um dos elementos caracterizadores da esfera pública, o segundo, cada vez mais, afirma sua importância.

---

[1] BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada*: entre o privilégio e a liberdade. Lisboa: Fundação Manuel dos Santos, 2010. p. 9 e 11.

[2] A importância desta base física se faz perceber pela produção de gêneros alimentícios, pela locomoção, pelo abrigo das intempéries, pela residência, pelo culto aos antepassados falecidos – que, como já se afirmou com base em Fustel de Coulanges, ligava-se à possibilidade de atuação na esfera pública antiga. (COULANGES, Numa Denis Fustel de. *Op. cit.* Em sentido aproximado, Paolo Grossi afirmou que nas sociedades primitivas percebia-se a primazia da ordem objetiva sobre a subjetiva, pois, o solo e a sua fertilidade eram mais importantes à sobrevivência do grupo do que alguns sujeitos que compunham este mesmo agrupamento. Para mais informações: GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8.) Mesmo as atividades contemporâneas, ligadas à indústria, à prestação de serviços e à economia da informação necessitam desta base física para se desenvolverem. Afinal, atividades realizadas no ambiente virtual exigem um equipamento – um bem material – para a realização da conexão via *internet* e este equipamento situa-se numa base física sobre o globo.

[3] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Atlas do censo demográfico 2010.* Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 20 e 107. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas>. Acesso em: 15 maio 2016.

A investigação do ordenamento jurídico permite perceber, portanto, a centralidade destes temas seja na configuração tradicional da teoria jurídica do interesse público, seja na sua releitura. De um lado, os textos jurídico-normativos e as relações jurídicas que tenham por objeto direitos incidentes sobre o solo – como o direito de propriedade – sofreram inúmeras modificações para adequar-se à identificação do interesse público à realização dos direitos fundamentais. Lado outro, a questão urbana foi responsável pela autonomização do Direito Urbanístico, que trouxe novos elementos ao discurso jurídico concernente ao solo urbano.

Porém, se a citada identificação impactou todo o ordenamento jurídico, e, em especial, o direito público, pelos seus efeitos sobre as funções administrativas estatais, não se pode olvidar que a evolução da teoria do interesse público fornece poucos indícios imediatos sobre os reflexos da citada releitura nos aspectos jurídicos que determinam a gestão do patrimônio imobiliário público urbano. Afinal, dizer que esta gestão deve ser consonante à realização dos direitos fundamentais exige que se forneçam parâmetros aptos a nortear esta adequação.

Assim, nesta Primeira Parte, buscam-se subsídios – na teoria do interesse público, no Direito Privado e na sua interface com o Direito Urbanístico – que possibilitem aferir os parâmetros para adequar a citada função administrativa às novas concepções do interesse público. Para realizar esta investigação, no Capítulo 1, retoma-se algumas construções doutrinárias do Direito Privado para se apresentarem a concepção monista do direito de propriedade e algumas das bases teóricas que sustentaram as críticas à esta concepção.

No Capítulo 2 apresenta-se a síntese da ideia de interesse público como plasmada na Constituição de 1988, confrontando-se esta construção com a teoria do interesse público elaborada pela doutrina jurídica brasileira, de forma a fornecer alguns elementos que a adequem à ordem jurídica vigente. A partir desta releitura, relaciona-se o interesse público ao direito à cidade, elemento teleológico e deontológico que caracteriza o Direito Urbanístico brasileiro. Enfim, apresentam-se alguns aspectos da atual conformação do regime jurídico aplicável à propriedade urbana privada no Brasil, de forma a demonstrar os impactos decorrentes de todos os elementos acima mencionados.

1 As características do direito de propriedade privada e as teorias da função social

Há uma relação simbiótica entre o direito de propriedade e o interesse público. Para se compreender esta simbiose, deve-se recordar que as Revoluções Burguesas causaram uma nova conformação das esferas privada e pública, cujo reflexo foi a bipartição do direito. A esfera privada foi construída em torno das relações interindividuais e se sustentava nos valores da liberdade e da igualdade formal. Estes valores foram traduzidos para o direito como os princípios da "isonomia", da "autonomia da vontade" e da "propriedade privada" e, em torno deles, constituiu-se o direito privado moderno. Nesse sentido, ao Estado caberia: a criação de leis que tutelavam as relações interindividuais em consonância aos aludidos princípios; o julgamento dos conflitos decorrentes destas relações, os quais somente poderiam envolver os particulares, já que se afastava a atuação administrativa do Estado nesta seara[1].

Logo, o direito de propriedade contribuiu para a conformação do interesse público, pois, a tutela do primeiro foi um dos principais temas que compuseram o conteúdo do segundo[2]. Dessa forma, este direito foi concebido, na Idade Moderna, como o direito privado por excelência, pois, apresentava-se como: um direito ligado à natureza humana[3], e de caráter absoluto, vinculado à vontade do proprietário e limitado, somente, pelos direitos de outros proprietários.

Porém, à medida que o "individualismo liberal" clássico cedeu espaço a outros valores que passaram a influenciar a esfera pública, o direito de propriedade passou a sofrer os impactos dos movimentos de expansão e retração do interesse público. Assim, ao se considerarem outros valores e interesses, para além daqueles ligados aos proprietários, os discursos constitucional e infraconstitucional, conferiram nova feição ao direito de propriedade. Entre outras consequências, compreendeu-se que a sede do direito de propriedade não seria o

---

[1] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 568. Assim, a caracterização habermasiana da esfera pública burguesa como a "esfera das pessoas privadas reunidas em um público" – a Assembleia – denota que a esfera pública foi construída em razão da esfera privada: para protegê-la das atuações estatais, que pudessem macular o seu natural desenvolvimento.

[2] Ao se esquadrinhar as descrições sobre as bases político-filosóficas da teoria do interesse público, verifica-se que a menção ao direito de propriedade se mostra uma constante desde as sínteses sobre as concepções da Antiguidade. Esta constância também se verifica no que concerne à esfera pública brasileira, já que as discussões envolvendo o direito de propriedade remontam ao período colonial e, ainda hoje, fazem-se presentes.

[3] Este caráter pode ser percebido na *Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen*, que, em seu artigo 2 prescreve: "*Art. 2 – Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*". Isto é, numa tradução livre: "Art. 2 – O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Código Civil, mas a Constituição, o que se denominou de constitucionalização do direito de propriedade. Neste mesmo sentido, impuseram-se deveres aos proprietários, ampliaram-se os direitos dos sujeitos não-proprietários e se criaram novas possibilidades de atuação estatal sobre estes direitos[4].

Dois elementos compendiam, portanto, a citada relação simbiótica. Por um lado, o direito de propriedade e a sua tutela foram determinantes à configuração inicial do interesse público. Por outro, as alterações sofridas pelo interesse público impactaram na atual conformação do direito de propriedade.

Para tanto, este Capítulo está dividido em dois segmentos. No primeiro, apresentaram-se alguns dos principais fundamentos da concepção monista, analisando-se: algumas das construções doutrinárias que objetivaram explicar a origem da apropriação privada e sua principal crítica – aquela fornecida pela doutrina socialista/comunista. Igualmente, realizou-se uma síntese do monismo jurídico proprietário, enfatizando-se o ordenamento jurídico brasileiro.

No segmento seguinte trouxe-se algumas das principais bases teóricas que influenciaram a atualização da compreensão do direito de propriedade, no Brasil. Nesse sentido, no segundo segmento analisaram-se as três principais bases teóricas que sustentaram a construção do princípio da função social. Isto é: a concepção liberal – a "Teoria do Trabalho" – de John Locke e alguns dos seus desdobramentos contemporâneos; a concepção de Léon Duguit; e a "Doutrina Social da Igreja Católica".

1.1 Os fundamentos do monismo jurídico proprietário

Conforme a teoria marxista, os modos de produção podem ser avaliados a partir de dois elementos: a existência de uma base econômica; e o relacionamento do homem com o solo.

[4] Dessa forma, a constitucionalização do direito de propriedade é uma ilustração da "publicização do direito privado". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 92; NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 128-130.)

A conformação destes elementos variou de um modo de produção ao outro em razão das condições e dos delineamentos específicos de cada um destes modelos e, portanto, a sua compreensão exige que se atente para os cenários socioeconômico, político e ideológico em que cada um deles se desenvolveu[5]. Assim, a compreensão do monismo jurídico proprietário que caracterizou o surgimento do modo de produção capitalista, também pode ser avaliado com base nos dois elementos acima mencionados.

Durante o fim da Idade Média, houve a quebra das relações de produção que caracterizaram o modo de produção feudal. Em alguns lugares os servos se sublevaram contra o sistema servil e em outras localidades, iniciou-se o processo de libertação/expulsão da mão-de-obra servil, a qual foi empregada na produção fabril[6]. Neste cenário se desenvolveu o capitalismo. Este, "como forma universalmente dominante de uma época", exigiu o desenvolvimento das "condições para o capital" tanto localmente, quanto "em grande escala"[7]. Assim, exigiu-se a proteção da livre iniciativa e do direito de propriedade privada contra intervenções de terceiros e, principalmente, do Estado.

Este desiderato se inscreveu nos textos jurídico-normativos. As Constituições burguesas objetivaram conter o Estado e se restringiram a declarar o caráter individual da propriedade – em que somente se admitiria, de forma excepcional, a intervenção estatal desde que esta fosse precedida do pagamento de indenização ao proprietário. O Código Civil foi concebido como o estatuto das relações jurídicas individuais e tornou-se o centro do regramento jurídico proprietário – em que as limitações ao direito de propriedade privada se fundariam nos direitos dos demais proprietários, como se veria, por exemplo, nas relações jurídicas de vizinhança.

---

[5] MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer, Nélio Schneider (colaboração de Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman). São Paulo: Boitempo ; Rio de Janeiro : UFRJ, 2011 ; MARX, Karl ; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stiner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. Tradução Rubens Enderle, Nélio Scheider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007; HOBSBAWM, Eric John Ernest. Introdução. In: MARX, Karl. *Formações econômicas pré-capitalistas*. Tradução João Maia. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977; OSTROVITIANOV, Konstantin Vasilevich. *Modos de produção pré-capitalistas*. São Paulo: Global, 1988. Para uma versão ampliada destas informações: COSTA, Igor Sporch da. De Moby Dick ao cardume ou sobre a multiplicidade dos regimes jurídicos proprietários: um esboço jurídico-econômico da função social do imóvel urbano. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*: estudos em homenagem ao professor Luís Roberto Barroso e em comemoração dos vinte anos do Curso de Direito da UFV. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 205-236.

[6] Conforme Marx, estas pessoas se tornaram livres em dois sentidos: "em primeiro lugar", elas se libertaram "das antigas relações de clientela ou dependência e das relações de serviço"; e, "em segundo, livre de todos os haveres e de toda forma de existência concreta e objetiva, livre de toda propriedade". (MARX, Karl. *Grundrisse*... p. 417.)

[7] *Ibid*., p. 416.

A inscrição destes objetivos nos textos jurídico-normativos indica a difusão do ideário burguês[8], fundado, segundo Habermas, na construção do arquétipo de indivíduo, considerado livre porquanto participante do comércio jurídico dos bens[9]. Ademais, este ideário exigia a adoção de uma acepção monista do regime jurídico proprietário, aplicável a qualquer situação, independentemente dos sujeitos, dos bens apropriáveis, da sua destinação ou de qualquer outro aspecto particular[10].

1.1.1 Algumas tentativas de explicação da origem da propriedade privada

Uma vez que a propriedade privada burguesa representava uma ruptura com a tradição anterior, fez-se necessário justificar a sua origem. Assim, recuperaram-se e criaram-se diversas construções teóricas que buscavam fundamentar a apropriação privada dos bens, podendo-se citar, neste momento: a "Teorias da Ocupação"; a "Teoria da Natureza Humana" ou da "Sobrevivência"; a "Teoria da Personalidade"; e a "Teoria da Lei ou Positivista"[11].

A mais antiga tentativa de justificação da propriedade privada decorria do direito de ocupação. Conforme esta orientação, em tempos imemoriais, as coisas não pertenciam a ninguém, até que os homens primitivos passaram a possui-las individualmente, aplicando sua força para fazê-las produzir e para protege-las de terceiros. Esta posse individual, ter-se-ia convertido em propriedade dos primeiros ocupantes, os quais, reciprocamente, reconheciam-se enquanto titulares do direito de propriedade sobre os bens que ocupassem. Além disso, o reconhecimento deste direito foi acompanhado do poder de transmissão da coisa aos

---

[8] Este ideário era permeado pelas promessas de ascensão social e enriquecimento, decorrentes do trabalho, afinal, todos eram iguais perante a lei para alcançar este desiderato. Outra base destas promessas pode ser encontrada nas teses religiosas de matriz protestante, como o Calvinismo, segundo a qual o enriquecimento se fundaria, também, na poupança e na contenção dos gastos individuais – o que, em certa medida, contrariava os postulados smithianos. Para mais informações sobre a concepção calvinista sobre o direito de propriedade: FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. O direito de propriedade e a religião no ocidente: notas sobre as bases católicas e protestantes da função social. *Revista de direito privado*, São Paulo, ano 12. n. 48. p. 163-188, out./dez. 2011.

[9] HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 103. No mesmo sentido: BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 11.

[10] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4-5.

[11] A este rol poder-se-iam reunir, ainda, a "Teoria do Trabalho" e a concepção socialista/comunista. Entretanto, estas construções serão sintetizadas em momento posterior. A segunda, por ser uma crítica ao modelo proprietário, será tratada após a apresentação da síntese da concepção monista. Dessa forma, ela se mostra como uma das causas para a releitura do direito de propriedade. A primeira, por se centrar em aspectos relativos à destinação do bem, é considerada como uma das bases da teoria da função social. Assim, ela será tratada após a concepção socialista/comunista, apesar de a orientação lockeana que a originou preceder a citada concepção.

descendentes dos primeiros ocupantes-proprietários. Dessa forma, se a ocupação original justificava a apropriação privada dos bens, o reconhecimento recíproco do *status* de proprietário justificaria o direito de propriedade[12].

Outra tentativa de justificação fundava-se em pressupostos bíblico-teológicos. Segundo esta concepção, Deus teria criado o mundo e tudo o que nele existe – os homens, os seres irracionais e as coisas – e, portanto, exerceria sobre elas um domínio absoluto[13]. Ao gênero humano – já que o homem foi criado à imagem e semelhança da divindade – ter-se-ia atribuído o poder sobre os seres inferiores e sobre as coisas do mundo para se servir delas para satisfação de suas necessidades[14]. Logo, a apropriação dos bens se ligaria à natureza humana – pela origem divinal do homem, pelo instinto natural de sobrevivência e por ser condição para a libertação humana das necessidades materiais. Por decorrência, o direito de propriedade se constituiria como um direito natural diretamente decorrente do direito divino inscrito nas leis divinas[15].

Estes elementos contribuiriam, também, à formação da concepção que vinculava a propriedade à personalidade humana. Esta orientação, sustentada em estudos sociológicos e antropológicos, indicavam, segundo Hans Kelsen, que a origem extrajurídica do direito de

---

[12] PROUDHON, Pierre-Joseph. *Qu'est-ce que la proprieté?* Ou recherches sur le príncipe du droit et du gouvernement. Paris: Chez J.-F. Brocard, 1840. p. 38 e 55-56. Em sentido aproximado, Washington de Barros Monteiro apontou os mesmos fundamentos à Teoria da Ocupação. Porém, para ele, esta concepção não justificaria a origem do direito de propriedade, pois, a ocupação somente poderia ser considerada forma aquisitiva da propriedade se fosse reconhecida pelo direito, o que contraria os pressupostos de sustentação da teoria. Ademais, a ocupação encobriria os casos de apossamento violento e eliminação dos primeiros ocupantes, como, por exemplo, é o caso do processo de colonização das Américas. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. v.3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 3. p. 84-85.)

[13] Um dos fundamentos desta concepção pode ser encontrado no Livro de Gênesis: "Também disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; tenha ele domínio sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos, sobre toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam pela terra.
Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.
E Deus os abençoou e lhes disse: sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todo animal que rasteja pela terra". (BÍBLIA. GÊNESIS, 1. 26-28. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.)

[14] "O instituto da sobrevivência induz o ser humano, racional por índole, a apropriar-se de bens para suprir suas necessidades físicas e morais; reconhecendo-se que, por ser o homem eminentemente social, gregário, seus atos de apropriação são convertidos em direitos que, como 'autênticos interesses', tornam-se protegidos pelo grupo social por meio do sistema jurídico, ou seja, a sociedade promove a garantia e a defesa da propriedade individual pelas normas jurídicas, com o escopo de resguardar sua própria existência. Dessa forma, com a finalidade de satisfazer as necessidades básicas ou secundárias do homem e as de seus familiares, lhe foi garantida a apropriação e, consequentemente, a propriedade individual, conforme determina sua própria natureza, sendo inclusive, assim, preservada a sobrevivência da sociedade da qual faz parte. Logo, pelas razões ora expostas, os fiéis à teoria da natureza humana justificam-na como suporte à existência jurídica da propriedade, alegando ainda que, caminhando nessa concepção, constata-se que a preservação da sociedade civilizada depende, basicamente, da garantia jurídica da propriedade individual pela satisfação que a mesma leva ao homem, conforme rege sua própria natureza. Concluímos a exposição dessa corrente, opinando quanto a uma denominação alternativa para a mesma: 'teoria da sobrevivência', por levar em consideração a fundamentação servida de alicerce à mesma". (COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. *A constitucionalização do direito de propriedade privada.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 53-55.)

[15] PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 50, 58 e 60.

propriedade era a consciência individual do "eu". Assim, em sociedades primitivas, caracterizadas pelo coletivismo e pela absorção do indivíduo no grupo, as noções de "meu" e "não meu" não existiriam, pois, se o próprio indivíduo não era "proprietário" de si mesmo, não poderia sê-lo de qualquer bem.

A partir do momento, porém, em que o homem se conscientizou de sua individualidade – de que o seu "eu" é "proprietário exclusivo do corpo que o anima" – ele percebeu a necessidade do direito de propriedade. Esta tomada de consciência, para Proudhon, significava que "*la possession des choses fut assimilée à la propriété des avantages du corps et de l'esprit*"[16].

Assim, nas sociedades civilizadas/capitalistas, a presença deste elemento psíquico não seria interpretada como um aspecto afetivo, pois se valorizaria o elemento econômico ínsito à apropriação privada dos bens. A consciência do "eu", portanto, possibilitou ao homem tornar-se sujeito do direito de propriedade privada e este direito reforçou a personalidade humana e a sua autonomia, o que refletia na participação política. Afinal, o acesso aos bens e a titularidade dos mesmos forneceriam condições para a participação dos indivíduos nas decisões políticas que interferiam na vida dos próprios sujeitos e na sua capacidade de acessarem-nos e de mantê-los[17].

Enfim, tem-se a "Teoria Legalista" ou "Positivista" da propriedade privada. Esta concepção retoma a tese rousseauniana da origem da sociedade civil como decorrência da apropriação privada dos bens. Isto é, o Estado nasceu como um meio de garantir a tutela desta apropriação, mediante a declaração de que esta situação se constituía como um direito[18]. Dessa forma, segundo Proudhon, o direito de propriedade "*n'a point été l'expression d'un fait psychologique, le développement d'une loi de la nature, l'application d'un principe moral*", mas, é "*l'ouvrage du droit civil*". Afinal, "*c'est le droit civil qui a établi pour maxime qu'une fois acquise, la propriété ne se perd point sans le fait du propriétaire, et qu'elle se conserve même après que le propriétaire a perdu la possession ou la détention de la chose, et qu'elle se*

[16] Em uma tradução livre: "a posse das coisas foi assimilada à propriedade das utilidades do corpo e do espírito". (*Ibid*., p. 45.)

[17] LIMA, Magna Corrêa de. *Propriedade urbana*: uma perspectiva sócio-jurídica. 1999. Dissertação (mestrado em Direito da Cidade). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. p. 71-74; COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. *Op. cit.*, p. 56-57; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 42-49.

[18] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalité parmi les hommes/discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Rio de Janeiro: Rio, [1977]. 1v. (Bilíngüe, n. 2). p. 86. Assim, a propriedade antecedia as leis, o que restringia a atividade do legislador para definir o regime jurídico aplicável a este direito. Esta exegese autorizou Taine a afirmar, juntamente com Rousseau, que a propriedade motivou o surgimento da sociedade, "pela reunião dos proprietários unidos para defendê-la". (TAINE *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 85.)

trouve dans la main d'un tiers"[19]. A descrição proudhoniana revela, portanto, que a atividade do legislador se restringiria à formulação ou descrição legal de uma situação preexistente: ele somente traduziria para a lei as condições que possibilitavam a manutenção da igualdade entre os indivíduos e a sua segurança.

Esta multiplicidade de tentativas de explicação da propriedade privada denota que não existia – como até hoje não existe – consenso sobre a origem da propriedade privada, embora, conforme Proudhon, os doutrinadores concordem em um ponto: "*la certitude du droit de propriété dépend de l'authenticité de son origine*"[20]. A falta de consenso e a necessidade de explicar a origem da propriedade fez com que as concepções acima abordadas influenciassem – em graus e formas variados – a construção do regime jurídico da propriedade privada.

Assim, por exemplo, a "Teoria da Ocupação" forneceu fundamentos para a apropriação da *res nullius* – as coisas sem dono – e da *res derelicta* – as coisas abandonadas –, além de ser uma das bases para a usucapião. A "Teoria da Natureza Humana", desprovida de seu elemento teológico – ou tendo-o reduzido –, fundamentou a compreensão jusnaturalista do direito de propriedade[21]. A "Teoria da Personalidade" contribuiu para identificar o direito de propriedade como o direito individual por excelência, bem como para justificar o direito de propriedade aos menores de idade – cujo exercício pelo titular dependeria da aquisição da capacidade civil, isto é, da aquisição da consciência plena da sua personalidade.

Entretanto, a concepção que preponderou e mais se difundiu nos séculos XVIII e XIX foi a "Teoria da Lei". Ela permitia que as concepções anteriores se combinassem exteriormente – por meio do texto jurídico-normativo – o que extirparia qualquer contradição entre elas. Ademais, as leis seriam produzidas pela Assembleia formada pelos proprietários, os quais, portanto, controlariam as tentativas de atuação estatal no direito de propriedade. Este "individualismo proprietário" se apresentava como uma densificação do "individualismo liberal" que era um dos principais elementos do temário da esfera pública do período. E, em consonância aos pressupostos iluministas, a lei foi concebida como um produto da razão

---

[19] Em uma tradução livre das explicações de Proudhon, tem-se que o direito de propriedade "não é a expressão de um fato psicológico, o desenvolvimento de uma lei natural, ou a aplicação de um princípio moral", mas é a "obra do direito civil", pois: "É o direito civil que prescreveu como máxima que uma vez adquirida, a propriedade não se perde sem o consentimento do proprietário, e que ela se conserva mesmo depois que o proprietário perdeu a posse ou detenção da coisa, e que ela se encontre nas mãos de um terceiro". (PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 58.)

[20] Em uma tradução livre: "a certeza do direito de propriedade depende da autenticidade de sua origem". (*Ibid*., p. 37.)

[21] Outra construção que encontraria fundamentos na "Teoria da Natureza" ou da "Sobrevivência" é a figura do furto famélico – quando alguém, por exemplo, furta um bem para saciar a própria fome ou a de sua família. Neste caso, estar-se-ia diante da figura do estado de necessidade, que, por exemplo, nos termos do inciso I, do artigo 23, do Código Penal brasileiro, é uma das causas excludentes da ilicitude da conduta do agente.

humana e, assim, ao fundar o direito de propriedade nela, este direito se justificaria racionalmente. Nesse sentido, o predomínio da "Teoria da Lei" não se restringiu ao plano doutrinário, mas alcançou o discurso jurídico em sua inteireza, como se pode verificar pela concepção monista do direito de propriedade.

1.1.2 Uma síntese do monismo jurídico proprietário

Como se afirmou acima, as Revoluções Burguesas foram um dos marcos iniciais do modo de produção capitalista, marcado pela absorção dos diversos setores da vida humana pela "lógica do mercado". Neste contexto, elementos ou circunstâncias que, de alguma forma, prejudicassem a aludida lógica e as relações interindividuais deveriam ser suprimidos, o que influenciou a produção jurídica.

De um lado, a "categoria sujeito de direito" dissolveu quaisquer "atributos de particularidade" ou relacionados às "carências materiais" que caracterizassem o indivíduo ou organizassem a "suas identidades enquanto sujeitos". Lado outro, a leitura moderna que se fez do direito romano produziu uma configuração do direito de propriedade que o desvinculava de situações concretas para abstrair[22], "ao máximo o proprietário, seus poderes e o objeto de apropriação". Esta intensa abstração, conforme Eroulths Cortiano Júnior[23], permitiu que o "modelo proprietário, por sua capacidade de infinita extensão", transformasse-se "em princípio proprietário", apto a abarcar as mais diversas situações de apropriação privada:

> Na abstração do modelo proprietário, o objeto do direito de propriedade também não se concretiza. Ou por outras palavras, o sistema conceitual não permite que a norma faça referência e especificação a determinado e concreto bem. O modelo proprietário deve ser universal e atemporal[24]; deve permitir que a apropriação de todo e qualquer bem se subsuma ao preceito fundamental do direito de propriedade moderno.
> A abstração do objeto da propriedade é imprescindível em um sistema baseado na lógica do mercado, onde tudo tem de ser passível de entrar em circulação. Todas as coisas devem reduzir-se então a um mínimo comum, que é a mercadoria. Onde

[22] Nesse sentido, Proudhon afirmou que, ao constituir o direito de propriedade, a lei civil "*a réalisé une abstraction, une métaphore, une fiction*". Isto é, em uma tradução livre: ela "realizou uma abstração, uma metáfora, uma ficção. (*Ibid*., p. 58.)

[23] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 10, 117, 115 e 124-125.

[24] Segundo Paolo Grossi, a abstração do direito de propriedade seria uma construção que encontraria um de seus fundamentos na própria abstrativização dos indivíduos que se tornaram no liberalismo burguês "*homo oeconomicus*". Dessa forma, a abstração – em ambos os casos – afastaria a "complexidade fenomênica" relacionada à apropriação privada dos bens e, por conseguinte, ao direito de propriedade – concebido como um "corpo simples, unilinear", como uma estrutura que objetiva "a simplicidade absoluta". Assim, a abstração e a simplicidade dela decorrente seriam mecanismos aptos a naturalizar o direito de propriedade e, com isso, dotá-lo de uma imobilidade histórica que, de fato, nenhuma construção jurídica possui. (GROSSI, Paolo. *Op. cit.*, p. 71, 66-67, 32, 73 e 82-83.)

> importa o valor de troca e não o valor de uso, tudo se equivale. Para fazer tudo se equivaler, a norma abre mão de conceituar a propriedade a partir da coisa apropriada. Há, então e a princípio, uma desconsideração do modelo proprietário para com as características da coisa apropriada, ou para com as circunstâncias em que ela esteja inserida. Não há diferenciação sobre a propriedade de bem de consumo ou de produção, mesmo porque essa distinção não é feita a partir da qualificação do bem em si mesmo, mas é assumida pelo bem em referência a certa circunstância, a uma determinada e concreta relação jurídica. Até a diferença entre bens móveis e imóveis, tida como fundamento básico do direito civil clássico, esvai-se diante da abstração do objeto a ser apropriado: tanto os bens móveis como os imóveis submetem-se aos poderes proprietários, e a distinção é articulada sobre as perspectivas da vontade de alienação e da forma de transmissão, por outro lado, o modelo proprietário retira alguns bens do tráfego jurídico, mas não se trata de uma exclusão natural, e sim artificial e legal.
>
> A abstração conceitual pode gerar uma certa ambigüidade na mente do operador jurídico; a tudo e a todos – pelo menos tendencialmente – se aproveita o preceito legal. Mas a ambigüidade dos poderes proprietários é, em verdade, uma não ambigüidade: a infinita possibilidade do princípio proprietário.

Um dos efeitos desta abstração foi, segundo o mencionado autor, a configuração do direito de propriedade a partir do "arquétipo do Código de Napoleão". Este diploma normativo não fornece um conceito para o direito de propriedade, mas se limita a prescrever as prerrogativas proprietárias[25], no que se constituiu como um modelo ou uma inspiração para outros Estados. Este foi o caso brasileiro, pois, o Código Civil de 1916, prescrevia, no artigo 524, que o direito de propriedade atribuía ao seu titular os direitos de "usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder" de terceiros que, "injustamente", possuíssem-nos[26].

Assim, a compreensão do direito de propriedade perpassa o entendimento das prerrogativas proprietárias. O *ius utendi* se refere ao poder de o proprietário empregar o bem em seu próprio benefício ou no de outrem. O *ius fruendi* se relaciona ao direito de o proprietário receber os frutos naturais e civis provenientes do bem, o que abarca a primeira prerrogativa, já que o direito de usar é uma forma de fruir as vantagens produzidas pela coisa. O *ius abutendi* é o poder do proprietário excluir o bem de seu patrimônio jurídico[27]. A *rei vindicatio*, enfim, é a

---

[25] Prescreve o artigo 544, do Código Civil francês: "*Art. 544 – La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*". Numa tradução livre: "Art. 544 – A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que elas não sejam usadas de uma forma proibida pelas leis ou pelos regulamentos".

[26] O Código Civil atual, no *caput* do artigo 1228, emprega fórmula similar ao de 1916: substitui-se a expressão "direito de usar, gozar e dispor", por "faculdade de usar, gozar e dispor". Segundo Caio Mário da Silva Pereira, esta fórmula seria uma forma mais adequada de caracterização, já que a "propriedade" seria o "direito", o qual compreenderia as aludidas prerrogativas. Ademais, o direito de reaver o bem incidiria no caso de posse injusta ou detenção – esta última hipótese não constava o diploma revogado, já que a detenção seria hipótese de posse injusta. Entretanto, o Código Civil vigente não se limitou a fazer as referidas alterações, pois, nos parágrafos do artigo 1228 existem outros elementos que caracterizam o direito de propriedade. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4. p. 68.)

[27] Conforme Caio Mário da Silva Pereira, o *ius abutendi* foi traduzido literalmente por alguns doutrinadores o que ensejou equívocos, pois se compreendeu que o "verbo *abutere*" conferiria ao proprietário o direito de abusar da coisa – destruí-la. Porém, na verdade, no direito romano, esta prerrogativa não autorizaria o "*abusus*", pois significava a possibilidade de "consumir o bem" de forma compatível à "convivência social". (*Ibid*., p. 69-70. Em sentido diverso, Proudhon afirmou que a tentativa de excluir do *ius abutendi* a ideia de abuso buscava

ação judicial atribuída ao proprietário para perseguir os seus bens, reavendo-os de quem os detenha.

As duas últimas prerrogativas citadas eram vistas como as definidoras do direito de propriedade face aos demais direitos reais, já que aquele que dispõe de seu bem pode mais do que os indivíduos que somente podem usá-lo ou gozar de seus frutos. Por sua vez, a ação reivindicatória é uma garantia exclusiva do proprietário para a defesa das demais prerrogativas prejudicadas por terceiros, o que, porém, não impede que o proprietário se valha de outras ações judiciais para proteger seus interesses, como, por exemplo, as ações possessórias.

Portanto, a "mercadorização" dos bens e as prerrogativas proprietárias permitem extrair quatro características do direito de propriedade: a exclusividade; a perpetuidade; a generalidade; e a elasticidade. A primeira se ligaria à presunção de que o direito do proprietário exclui o direito de terceiros sobre a mesma coisa[28]. A perpetuidade diferenciaria o direito de propriedade dos direitos pessoais, visto que estes estariam sujeitos à prescrição, enquanto o direito de propriedade seria imune a ela, pois não se marcaria, em regra, pela transitoriedade[29]. A generalidade se relacionaria ao caráter *erga omnes* dos poderes do proprietário, já que estas prerrogativas seriam oponíveis a todos os não-proprietários, o que, neste sentido, dotaria o direito de propriedade de caráter absoluto.

Enfim, a elasticidade imporia a compreensão de que: as prerrogativas proprietárias poderiam ser destacadas, em variadas gradações, e transferidas a terceiros sem que isto descaracterizasse aquele direito, embora pudesse limitá-lo. Contudo, uma vez que a situação que ensejou este destacamento das prerrogativas proprietárias terminasse, elas retornariam ao proprietário, reconstituindo-se a plenitude do direito de propriedade[30].

---

contribuir para a sacralização do direito de propriedade, mas sem considerar que, pragmaticamente, uso e abuso se confundiriam. Para mais informações: PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 28.)

[28] O artigo 527, do Código Civil de 1916, prescrevia esta presunção, a qual também se faz presente no artigo 1231, do Código Civil atual. Segundo Washington de Barros Monteiro, a presunção de exclusividade, não seria prejudicada pelo condomínio, pois "os condôminos são, conjuntamente, titulares do direito; o condomínio implica divisão abstrata da propriedade". Ademais, em vários casos admitir-se-ia o desmembramento de parcelas da propriedade e a sua "constituição em direitos separados em favor de terceiros", o que, segundo o autor, confirmaria a exclusividade. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 92. Caio Mário da Silva Pereira acrescentou, ainda, que o condomínio teria caráter acidental. Para mais informações: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 4*, p. 68 e 119-121.)

[29] Conforme Lafayette Pereira, ainda que a usucapião seja conhecida como prescrição aquisitiva, não se pode afirmar que a prescrição atingiria o direito de propriedade. O que enseja a propositura da sobredita ação não é o simples transcurso do tempo, pois a ele deve-se acrescer a inação do proprietário e a posse daquele que intentará a ação. Para mais informações sobre esta exegese: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 1. p. 217.

[30] MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 91-92; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 4*, p. 68.

A elasticidade denotaria, assim, a centralidade do direito de propriedade na configuração das situações jurídicas envolvendo o bem objeto deste direito, especialmente no que concerne aos demais direitos reais. Estes têm por pressuposto o direito de propriedade, pois seriam "modificações ou limitações" deste direito, "ao passo que o direito de propriedade pode existir independentemente de outro direito real em particular"[31]. Assim, por esta concepção, os direitos reais sobre coisas alheias – e qualquer conformação do direito de propriedade – seriam elementos acidentais e desprovidos de capacidade real de macular o arquétipo ideal de direito de propriedade[32].

A generalidade, por sua vez, possibilitou a criação de duas linhas interpretativas acerca da relação jurídica proprietária. A primeira afirmava que o direito de propriedade seria uma relação jurídica entre o proprietário e a coisa, em que este poderia determinar o seu destino em razão da amplitude de suas prerrogativas. No entanto, esta exegese contrariava que as relações jurídicas, enquanto relações sociais tuteladas juridicamente, exigiam que, em seus polos, estivessem sujeitos de direito.

Neste sentido, surge a segunda linha interpretativa, segundo a qual, a relação jurídica proprietária se estabeleceria entre o proprietário – o sujeito ativo – e a "generalidade" dos indivíduos – "sujeitos passivos indeterminados" ou um sujeito passivo universal – os quais seriam devedores da "prestação negativa" de não "molestar" o proprietário. Assim, conforme esta segunda exegese, estar-se-ia diante de um "direito do titular" – o proprietário – "em contraposição a um dever geral negativo" – um dever de abstenção[33].

Estas ilações sintetizam, assim, a concepção oitocentista do direito de propriedade fundada nos interesses do proprietário privado e inspirada no "individualismo liberal clássico". Isto é, o "sistema da propriedade privada" seria a "mais importante garantia da liberdade, não só para os proprietários, mas também para os que não o são"[34].

Porém, ainda no século XIX, a inserção de novos valores na esfera pública gerou diversas oposições ao direito de propriedade – notadamente dos autores socialistas/comunistas. Estas oposições seriam responsáveis, no futuro, pela mudança de orientações na doutrina e por

---

[31] MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 91.

[32] GROSSI, Paolo. *Op. cit.*, p. 80-81. No mesmo sentido: BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 27-28.

[33] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições... v. 1*. Para Miguel Nogueira de Brito, a oposição entre ambas as concepções seria falaciosa, uma vez que: "Todas as regras e estruturas jurídicas contidas na instituição 'propriedade' dão origem a relações entre pessoas e pressupõem relação entre pessoas e coisas. Na verdade, o poder de excluir outros, isto é, a relação interpessoal, visa proteger a liberdade do proprietário no uso e aproveitamento da coisa, isto é, a relação sujeito-objecto". (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 31.)

[34] HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 115.

diversas alterações nos textos jurídico-normativos, todas com impactos no monismo jurídico proprietário.

Entre autores acima mencionados, pode-se mencionar Pierre-Joseph Proudhon. Ele foi um crítico do liberalismo econômico e da propriedade privada burguesa que atacou cada uma das teorias que tentavam justificar a origem da propriedade privada, bem como a configuração monista do direito de propriedade. Além disso, Proudhon forneceu algumas das principais bases para que, posteriormente, Marx e Engels propusessem a extinção do direito de propriedade. Por estas razões, as construções teóricas de Proudhon e algumas de suas consequências serão descritas na próxima seção.

1.1.3 Apontamentos sobre a concepção socialista da propriedade privada

Proudhon, ao analisar a origem do direito de propriedade, retomou a alegoria ciceroneana do teatro, segundo a qual: "*Le théâtre [...] est commun à tous, et cependant la place que chacun y ocupe est dite sienne*". Dessa forma, os bens pertenceriam aos indivíduos não porque estes se apropriaram daqueles – a apropriação privada que originaria o direito de propriedade –, mas em razão do direito de cada um possuir os bens necessários ao seu trabalho e ao seu consumo e ao de sua família. Neste sentido, o fundamento da pertença seria a mútua tolerância e, consequentemente, a igualdade de posses de cada indivíduo – cujas parcelas variariam conforme o número de pessoas no mundo e as suas necessidades[35].

Para Proudhon, portanto, a apropriação privada dos bens não seria uma decorrência da natureza, apta a gerar um direito natural. Afinal, o direito natural deveria permitir a existência da sociedade ao garantir a liberdade individual, a igualdade e a segurança.

Porém, a propriedade privada não atenderia estes pressupostos e, portanto, ela era antissocial. Ela não libertava os homens de suas necessidades e, além disso, criava uma relação em que um indivíduo subjugava os demais. Ela criava a desigualdade entre os homens, já que estabelecia a diferença entre pobres e ricos. Ela criava a guerra permanente entre proprietários e não-proprietários, visto que os primeiros precisavam, permanentemente, de defesa contra o

[35] Numa tradução livre: "O teatro [...] é comum a todos e, contudo, o lugar que cada um ocupa é dito seu". (PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 38-39 e 41.)

instinto de propriedade dos segundos – o que explicaria a necessidade de a propriedade ser considerada um direito oponível *erga omnes*[36].

Assim, o direito de propriedade moderno seria uma construção artificial que objetivava universalizar-se para se tornar objeto de interesse de todos[37] e conferir à apropriação privada dos bens a centralidade do ordenamento jurídico[38]. Esta conclusão, continua o autor, seria comprovada pelos indícios fornecidos pelas diversas tentativas de explicação da origem da propriedade privada.

Se a propriedade fosse um "*droit naturel, absolu, imprescriptible et inaliénable*"[39], as citadas construções teóricas seriam desnecessárias. Além disso, a certeza quanto ao caráter natural do direito imporia que uma única teoria fosse criada, o que se chocava à multiplicidade existente. Enfim, esta multiplicidade teórica denotaria uma inversão lógica, pois, primeiro se decidiu que a propriedade privada deveria ser considerada um direito natural, para, depois, buscar-se a sua justificação como tal[40].

Neste sentido, ao analisar as sobreditas tentativas de explicação da origem da propriedade privada, Proudhon afirmou que elas não se sustentariam. A "Teoria da Ocupação" não encontraria fundamento na história de diversos povos.

O direito do primeiro ocupante não se sustentaria em concepções de justiça que estes grupos reconhecessem como válidas. Assim, a "Teoria da Ocupação" forneceria ao proprietário um direito monopolístico que submeteria os demais membros do grupo, o que a tornaria inconveniente para os povos antigos. Outrossim, esta teoria impediria a propriedade, pois, de um lado, ela se sustentaria nas necessidades humanas – alimentação, abrigo etc. – que estimulam a ocupação para sua satisfação – isto é, a teoria da ocupação justificaria a posse dos bens, mas não o direito de propriedade. Lado outro, a parcela ocupada por cada indivíduo variaria conforme o número de habitantes de um dado local, o que não a tornaria fixa a parcela

---

[36] *Ibid*., p. 41, 36-37 e 33-34.

[37] Dessa forma, o modo de produção capitalista teria catalisado a tendência de organização das normas de conduta em torno do direito de propriedade, naturalizando-o e atribuindo-lhe o caráter de único "mecanismo organizativo" de gestão dos bens – apesar de, na verdade, a propriedade privada ser apenas uma das várias técnicas de gestão das coisas. (GROSSI, Paolo. *Op. cit.*, p. 10-11, 18 e 301-31.)

[38] Segundo Proudhon, esta centralidade seria perceptível na divisão *ius in re* – direito na coisa, isto é, o direito de propriedade – e o *ius ad rem* – o direito à coisa, o qual se relaciona à posse do bem e que pode ter como titulares tanto o proprietário, como o possuidor, como os titulares de direitos reais sobre coisas alheias. A primeira figura se constitui como um direito, enquanto a segunda se apresentaria como uma situação fática juridicamente protegida, isto é, um *minus* em relação à primeira.
Por sua vez, o *ius in re* confere ao proprietário – e somente a ele – o direito de reivindicar a coisa. O *ius ad rem* confere a diversos sujeitos – inclusive ao proprietário – a possibilidade de impedir que o poder de fato exercido sobre a coisa seja maculado e impeça, conforme o autor, que o direito de propriedade seja adquirido – por exemplo, mediante a usucapião. (PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 29.)

[39] Numa tradução livre: um "direito natural, absoluto, imprescritível e inalienável". (*Ibid*., p. 37.)

[40] *Ibid*., p. 37-38.

pertencente a cada um e, portanto, afastaria, a certeza que se pretende atribuir ao objeto material do direito de propriedade[41].

Os argumentos sobre a satisfação das necessidades, por sua vez, denotariam a inadequação da "Teoria da Natureza Humana". Se a sobrevivência do proprietário justifica o seu direito de propriedade, este direito não poderia impedir que os não-proprietários também retirassem do solo os bens necessários à sua própria sobrevivência[42].

Esta inspiração na igualdade entre os homens – proprietários e não-proprietários – e entre as necessidades deles demonstraria, ainda, a inadequação desta teoria, quando analisada por sua vertente teológica. Se Deus é o pai dos homens e os criou à sua imagem e semelhança, seria inadmissível que, para alguns destes filhos se garantisse a propriedade e, para outros, este direito fosse negado.

Enfim, continua o autor, a qualificação legal do direito de propriedade como um direito natural não teria o poder de tornar o primeiro uma espécie do segundo. Ele contrariaria os mencionados pressupostos dos direitos naturais e, além disso, esta inserção não teria decorrido de qualquer método investigativo válido, mas de uma mera opção legislativa[43].

Segundo Proudhon[44], a "Teoria da Personalidade", por sua vez, partiria de um contrassenso lógico, pois ela confundiria as propriedades humanas – os atributos do homem – com os bens materiais. Assim, ela afirmaria que o indivíduo poderia se apropriar dos bens em razão dos atributos de personalidade que o individualizam. Porém, as ideias de "meu" e "teu" não se refeririam necessariamente a casos de apropriação privada dos bens materiais externos à individualidade humana, pois, os possuidores também se valeriam destes possessivos para indicar as suas situações.

Ademais, os atributos, quando pensados em si e em relação com os outros indivíduos, indicariam qualidades de cada homem, as quais seriam passíveis de comparação, mas não confeririam um direito de apropriação. Além disso, estes atributos nem sempre indicariam uma tendência à exclusão dos demais indivíduos.

Esta mesma refutação seria encontrada em Marx e Engels, para quem, a identificação entre "propriedade do burguês e individualidade" decorreria do "nexo etimológico" entre os vocábulos "próprio" e "propriedade" – este último, elevado à máxima

---

[41] *Ibid*., p. 54 e 64.

[42] Assim, esta teoria também justificaria a posse e não a propriedade, pois forneceria elementos que excluiriam qualquer responsabilidade de indivíduos que para suprirem suas necessidades – as quais são iguais às do proprietário – valem-se de bens que não lhes pertencem para com eles satisfazerem as suas carências.

[43] *Ibid*., p. 51-52 e 30.

[44] *Ibid*., p. 43, 53 e 46.

abstração no modo de produção capitalista. Entretanto, o elemento central e que explicaria a diferença entre estes vocábulos e a impossibilidade da mencionada identificação deveria ser buscado na negociabilidade e na peculiaridade.

Só se poderia falar em propriedade privada se esta incidisse sobre "algo negociável" – algo que possua, portanto, importância econômica, em razão do seu valor de troca reconhecido por todos. Enquanto a "peculiaridade" ou "individualidade" – que caracteriza o indivíduo – não poderia ser negociada, pois, ainda que um bem caracterize um indivíduo, este bem pode ser desprovido de valor de troca e de importância econômica, mas ser precioso ao seu proprietário em razão do seu valor de uso.

Logo, no primeiro caso, estar-se-ia diante da hipótese da propriedade privada capitalista – "a coisa mais universal e que não tem absolutamente nada a ver com a individualidade e que inclusive a derruba". Afinal, a individualidade se relacionaria ao valor de uso e aos atributos pessoais que somente poderiam ser valorados individualmente[45].

No que concerne à "Teoria da Lei", Proudhon compreendeu que as refutações apresentadas às demais tentativas de explicação também se aplicariam a esta última tese[46]. Segundo ele, esta concepção pressuporia que a lei civil traduziria para o direito positivo os mandamentos constantes do direito natural, o que exigiria que o direito de propriedade fosse considerado como tal. Porém, esta correspondência não existia, pois, o direito de propriedade contrariava a igualdade, a liberdade e a segurança.

Ademais, esta afirmação não encontrava sustentação na história geral e, ainda que se buscasse uma fundamentação teológica para este direito. Qualquer afirmação dos líderes religiosos neste sentido se mostrava corrompida, "*parce que dans tous les temps le prêtre s'est mis au servisse du prince, et queles dieux ont toujours parlé comme les politiques l'ont voulu*"[47].

Para Proudhon também seria ilógico admitir que a lei civil sustentaria, por si mesma, o direito de propriedade e, portanto, explicaria a sua origem. Se a sociedade cria os direitos para evitar a violência, o direito de propriedade a fomenta. Se a sociedade confere a alguém o dito direito, não autorizaria que este direito fosse transferido para terceiros, em prejuízo da própria sociedade.

Além disso, esta compreensão escamotearia que a produção de textos jurídico-normativos favoráveis ao direito de propriedade era motivada pelo exclusivo interesse dos

---

[45] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia...*, p. 224-225.
[46] PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 47, 51, 60-62 e 64.
[47] Numa tradução livre: "porque, em todos os tempos, os padres se colocaram ao serviço do príncipe, e os deuses sempre falaram como os políticos queriam" (*Ibid*., p. 62)

proprietários em detrimento de todos os demais indivíduos, com o objetivo de manter a situação de dependência entre eles. Isto, contudo, poderia prejudicar os próprios proprietários, já que a possibilidade de alienação dos bens poderia empobrecê-los.

Enfim, tentativas de criar uma concepção eclética da origem do direito de propriedade e, até mesmo, a versão amalgamada que se incorporou ao direito positivo denotariam, segundo Proudhon, a irracionalidade do referido direito e do monismo jurídico proprietário. De um lado, esta forma de reunir as diversas teses proporcionada pela "Teoria da Lei" padeceria de um erro metodológico, já que a manutenção de todas as teses não proporcionaria que se chegasse à verdade. Lado outro, a tentativa de eliminar as contradições por meio da força da lei, longe de ser exitosa, somente, escamotearia a verdade encoberta pelo direito de propriedade. Assim, o autor concluiu que: "*Chercher une origine rationnelle et légitime à ce qui n'est et ne peut être que vol, concession et rapine, tel devait être le comble de la folie propriétaire, le plus haut degré d'ensorcellement où pût jeter des esprits d'ailleurs éclairés la perversité de l'égoïsme*"[48].

Dessa forma, não obstante as críticas das correntes socialistas/comunistas[49] às teorias que tentaram explicar a origem da propriedade privada, todas elas convergiam em um ponto: a importância da pretensão de tutela da apropriação privada dos bens na fundação do Estado, ou seja, este teria sido criado para defender a propriedade privada[50]. Assim, para que a classe dominante permanecesse nesta posição ela deveria reunir os meios que lhe

---

[48] Numa tradução livre: "Pesquisar uma origem racional e legítima no que é senão roubo, burla e rapina, este devia ser o auge da loucura proprietária, o maior grau de encantamento em que a perversidade do egoísmo pôde lançar espíritos esclarecidos". (*Ibid*. p. 49 e 130.)

[49] A reunião das críticas de Proudhon e Marx sob a mesma denominação não significa o desconhecimento das controvérsias envolvendo ambos os autores. Estas controvérsias poderiam ser exemplificadas pela obra *Système des contradictions économiques ou philosophie de la misère* de autoria de Proudhon, a qual foi rebatida – ponto por ponto – por Marx. Ele inverteu o título da obra de Proudhon e, diretamente em francês, escreveu: *Misère de la Philosophie: réponse à la philosophie de la misère de M. Proudhon*.
Apesar disso, as críticas à propriedade privada é um ponto de convergência entre os autores e as diversas correntes socialistas/comunistas. Para eles, a propriedade privada era vista como uma forma de apropriação individual de um produto coletivo – fruto do trabalho coletivo, ou que a coletividade atribuía importância, ou que tinha um valor de uso para todos. Além disso, estes autores também concordavam com outro argumento defendido pelas teorias que buscaram explicar a origem da propriedade privada.

[50] "Resumindo: a riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições das gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência. Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada, das riquezas –; uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda.
E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado". (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985. p. 119-120.)

possibilitariam perpetrar a dominação[51]. Entre estes meios estavam, por exemplo, a defesa da apropriação privada dos bens, a tutela do direito de propriedade, uma conformação jurídica deste direito adequada às condições reais e existência e ao estágio de desenvolvimento do modo de produção capitalista em cada período.

Este último meio explicaria, portanto, a configuração monista do direito de propriedade, visto que o monismo refletia, conforme Marx, o processo de mercadorização capitalista. Neste processo, o valor de troca dos bens que satisfaziam as necessidades humanas se sobrepunha ao seu valor de uso, abstraindo-se qualquer relação atinente aos sujeitos concretos, ao mesmo tempo em que o bem se tornava objeto do desejo comum[52].

Dessa forma, se a identificação proudhoniana da propriedade como um roubo afrontou as teses que fundamentavam a origem da propriedade privada, a explicitação da situação de dominação atingiu as bases sociais que sustentavam o ideário liberal-individualista que lhe dava suporte. No entanto, o principal abalo ao edifício proprietário foi perpetrado pela confissão de Marx e Engels, no "Manifesto Comunista": "Numa palavra, censurai-nos por queremos abolir a vossa propriedade. De fato, é isso que queremos"[53].

Nesta confissão, os autores foram explícitos ao afirmarem que não defendiam a supressão da "propriedade em geral". A propriedade camponesa e pequeno burguesa seria abolida pelo desenvolvimento do capitalismo, enquanto a propriedade do proletário se resumia à sua força de trabalho que lhe garantia a reprodução diária e enquanto classe. A ameaça era diretamente dirigida à "propriedade burguesa" – a "última e mais perfeita expressão" do capitalismo – que permitia o "antagonismo de classes" e sustentava a situação de exploração da classe trabalhadora e não proprietária[54].

---

[51] Esta afirmação corrobora, portanto, que a preponderância da classe dominante não se sustentaria somente na sua riqueza, mas, também, no poder de, ao se fazer Estado, atrair a tutela estatal em favor de seus interesses de classe, em detrimento dos interesses da classe que lhe seria antagônica: "Com a expansão do comércio, o dinheiro, a usura, a propriedade territorial e a hipoteca, progrediram rapidamente a centralização e a concentração das riquezas nas mãos de uma classe pouco numerosa, o que se fez acompanhar do empobrecimento das massas e do aumento numérico dos pobres". (*Ibid*., p. 185-188.)

[52] MARX, Karl. *O capital*: crítica da econômica política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2012. p. 57-92.

[53] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 54.

[54] *Ibid*., p. 52.

1.2 Algumas bases da teoria da função social da propriedade

As críticas socialistas/comunistas à propriedade privada, apesar de não terem logrado êxito no seu intento de aboli-la e com isso gerar um sistema coletivista, impactaram a concepção liberal clássica do direito de propriedade. Entre estes impactos podem-se citar dois conjuntos de consequências. O primeiro se relaciona aos fundamentos que justificavam a existência do instituto jurídico e, por decorrência, a destinação da coisa para atender aos interesses do proprietário e os seus reflexos sobre os interesses dos não-proprietários. O segundo conjunto – grandemente influenciado pelo primeiro – refere-se ao caráter unitário do instituto e de sua regulação jurídica.

O primeiro grupo de consequências abrange, portanto, as diversas bases que ensejaram o surgimento da função social da propriedade e a sua teorização. Estas teorias, longe de se filiarem à proposta socialista/comunista de coletivização, buscaram justificar a apropriação privada dos bens e a sua gestão pelo proprietário, vinculando-os ao atendimento de necessidades que, embora individuais, também seriam coletivas. Isto é, o instituto da propriedade privada atenderia a uma finalidade social.

Assim, buscava-se, por meio da inserção do elemento funcional, afastar as mencionadas críticas, valendo-se da hipótese da harmonização dos interesses proprietários e não-proprietários, o que indicaria: uma possibilidade de "humanização do capitalismo". Ao mesmo tempo em que justificava a manutenção da existência da propriedade privada devido à sua importância. Logo, a função social se apresentava como um reflexo dos pressupostos intervencionistas e do Estado de Bem-Estar Social[55], na medida em que podia ser considerada como um meio de mediação dos conflitos sociais, mediante o reconhecimento das pretensões dos não-proprietários. Assim, a função social seria capaz de proporcionar melhoria em suas condições de vida ainda na vigência do capitalismo[56].

Várias foram as tentativas de justificar e analisar a existência deste elemento funcional. No entanto, as três correntes teóricas mais relevantes nesse sentido foram a "Teoria do Trabalho", a Teoria da "propriedade-função" e a "Doutrina Social da Igreja Católica". A primeira também pode ser considerada uma tentativa de explicação da origem da propriedade

[55] Assim, considerar-se-ia a posição dos não-proprietários, mediante a inserção de "ideias" vinculados ao Estado Social. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 14-15.)

[56] GORENDER, Jacob. Introdução. In: MARX, Karl. *Para a crítica da economia política; salário, preço e lucro; o rendimento e suas fontes*: a economia vulgar. Traduções de Edgar Malagodi... [*et. al.*]. São Paulo: Abril Cultural, 1982. (Os economistas). p. XX.

privada, pois, a partir da concepção lokeana, tem-se que a finalidade do trabalho humano é a aquisição da propriedade. Assim, a propriedade é a base necessária à realização de atividades produtivas benéficas à coletividade e, por esta razão, as atividades mais produtivas/lucrativas possuem primazia sobre aquelas com menor capacidade de geração de frutos.

A segunda corrente teve como um de seus maiores expoentes, mas não o único, o jurista francês Léon Duguit, para quem, a nova fase de desenvolvimento socioeconômico cambiou o direito de propriedade de um direito subjetivo do proprietário para uma função social. Dessa forma, a propriedade atribuiria ao detentor do bem o dever de empregar seu bem em consonância à destinação que a sociedade atribuiu à coisa.

A partir de argumentos teológico-humanistas, a última corrente pretendeu demonstrar que os bens possuiriam uma função na vida social. Segundo ela, ao proprietário caberia atender esta função e aos Entes Públicos caberia estimular o primeiro a cumprir a função social ou desestimulá-lo da prática de atos ou omissões que contrariem àquela finalidade.

1.2.1 A teoria do trabalho, de John Locke, e a sua evolução

Enquanto uma tentativa de explicar a origem da propriedade privada, a "Teoria do Trabalho" encontrou no "Segundo tratado sobre o governo civil", de John Locke, um dos seus fundamentos iniciais. A acepção lockeana partiu de uma caracterização do "estado de natureza", onde, os homens seriam livres, iguais e somente seriam proprietários de si mesmos, já que todas as coisas materiais encontrar-se-iam em estado de comunhão.

No entanto, qualquer homem poderia tornar as coisas sua propriedade privada desde que observasse três condições. Primeiramente, o homem deve exercer sobre as coisas comuns uma atividade laboral, pois esta acrescentaria às coisas a sua criatividade[57]. Ademais, devem existir outros bens em quantidade suficiente e qualidade adequada para os demais indivíduos.

Enfim, a apropriação individual não pode gerar o desperdício dos bens, pois isto significaria que o especificador usurpou os demais homens. Esta última limitação motivaria, assim, as trocas – de bens perecíveis para o consumo –, bem como a compra e venda, pois, as

[57] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 33. Neste sentido, vê-se que a "Teoria do Trabalho" se aproximou da "Teoria da Personalidade", já que ambas identificaram que a propriedade se originaria da subjetividade humana transferida à coisa. Porém, distanciaram-se no tocante ao elemento causal, pois: a primeira viu o trabalho como causa da apropriação privada, enquanto a segunda reconheceu no elemento psíquico esta razão.

mercadorias empregadas como dinheiro, ao não serem perecíveis, permitiam que os homens possuíssem e acumulassem mais bens do que os necessários ao seu sustento imediato.

Como se percebeu nas demais tentativas de explicação da origem da propriedade, a "Teoria do Trabalho" influenciou a construção do regime da propriedade privada e também se sujeitou às críticas socialistas/comunistas. De um lado, ela forneceu fundamentos para criação de alguns textos jurídico-normativos atinentes à aquisição do direito de propriedade. Por exemplo, a especificação – segundo a qual o trabalho realizado sobre matéria-prima alheia confere ao especificador a propriedade sobre o bem que foi criado[58] – e algumas modalidades de usucapião – nas quais se conjuga a ocupação do imóvel vago à realização de atividades laborais que seriam típicas do proprietário[59].

Lado outro, esta teoria foi vista pelos doutrinadores socialistas/comunistas como falaciosa, contraditória e, principalmente, como uma negação à igualdade. Afinal, o trabalho geraria o direito de propriedade sobre os bens produzidos, mas não sobre o solo que se empregou para produzir, sob pena de impedir que outros indivíduos também laborassem e retirassem do solo os bens que lhes fossem necessários[60].

---

[58] Um exemplo desta forma de aquisição da propriedade está nos artigos 1269 a 1271, do Código Civil brasileiro, que prescreve: "Art. 1269 – Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior. Art. 1270 – Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova. §1º – Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima. §2º – Em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima. Art. 1271 – Aos prejudicados, nas hipóteses dos arts. 1269 e 1270, se ressarcirá o dano que sofrerem, menos ao especificador de má-fé, no caso do §1º do artigo antecedente, quando irredutível a especificação".

[59] Este é o caso, por exemplo, dos *capita* dos artigos 183 e 191, ambos da Constituição brasileira de 1988, que prescrevem: "Art. 183 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. [...] Art. 191 – Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".
Proudhon, ao criticar as interfaces entre as Teorias da "Natureza Humana", da "Ocupação", "da Lei" e do "Trabalho", afirmou que: o exercício da liberdade, mediante a realização de atividades necessárias à subsistência humana seria o motor para que os homens trabalhassem e, por meio do trabalho executado num imóvel, possuíssem-no. No entanto, a propriedade não seria adquirida somente pelo trabalho, pois, o homem deveria ocupar este imóvel antes dos outros indivíduos. Dessa forma, segundo o autor, a ocupação foi definida pela lei como o elemento principal da aquisição, enquanto o trabalho realizado pessoalmente e que a tornava produtiva foi considerado um elemento acessório. Em síntese, portanto: "*si le travail et la production sont le principe du droit de propriété, le fait d'occupation primitive en est la condition indispensable*" – isto é, em uma tradução livre: "se o trabalho e a produção são o princípio do direito de propriedade, o fato da ocupação primitiva é a condição indispensável". (PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 48, 57, 59 e 86-87. Em sentido aproximado: BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 34.)

[60] Segundo Proudhon, além de contraditória, a "Teoria do Trabalho" não encontraria fundamentação legal, pois, o Código Civil francês teria adotado a "Teoria da Ocupação" como pressuposto para a aquisição da propriedade, como comprovariam "*le droit d'accession, et le droit de succession, et le droit de donation*" – isto é, numa tradução livre, "o direito de acessão, o direito sucessório e a doação". (*Ibid.*, p. 66, 69, 54, 74 e 86-87.)

Ademais, a "Teoria do Trabalho" não permitia que os trabalhadores adquirissem a propriedade do solo. Ela justificava a propriedade dos senhores de terras, mas impedia que os camponeses que trabalhavam para eles adquirissem-nas, sob o argumento de que o solo já era propriedade dos primeiros. Os trabalhadores não participariam dos lucros gerados pelo seu trabalho e os salários não seriam remunerações adequadas pela venda da força de trabalho. Os salários gerariam uma competição entre os trabalhadores que contrariaria a fraternidade ínsita às relações humanas, bem como a interdependência entre os indivíduos. A divisão do trabalho teria demonstrado que a satisfação das necessidades de um homem dependia dos bens produzidos por outros homens. O trabalho intelectual não possibilitaria a aquisição da propriedade fundiária, razão pela qual, a teoria empregaria o dinheiro como um subterfúgio para escamotear a sua incompletude. A atividade humana somente ampliaria a capacidade produtiva do solo, mas não altearia a sua natureza de coisa comum.

Assim, admitir que o trabalho gerasse a aquisição da propriedade fundiária seria usurpar bens pertencentes a todos, pois, os avanços tecnológicos empregados em qualquer atividade laboral provieram de um conhecimento produzido coletivamente. Logo, a adoção da "Teoria do Trabalho" levaria à desigualdade entre os homens, pois os indivíduos, ao considerarem somente seus interesses egoísticos, explorariam os seus bens da forma que lhes garantisse maior retorno, ainda que isto prejudicasse terceiros[61].

Não obstante estas críticas, a "Teoria do Trabalho", diversamente das demais tentativas de explicação da origem da propriedade, apresentava fundamentos que, ao se adequarem aos pressupostos racionais da modernidade[62], justificavam a existência deste direito em razão do seu papel na sociedade capitalista[63]. Assim, as críticas que vinculavam esta construção à negação da igualdade foram enfrentadas por meio da elevação do mercado a um

[61] *Ibid*., p. 88, 122, 90-91, 109, 99-101, 108, 120-121, 103, 118, 87, 116 e 67-68. Várias das críticas de Proudhon também estão presentes em Marx. Por exemplo: o caráter social do trabalho e a sua apropriação individual pelo direito de propriedade; a impossibilidade de os trabalhadores adquirirem a propriedade por meio de seus salários, já que estes se voltariam à reprodução diária da capacidade de trabalho e à reprodução dos trabalhadores enquanto classe; e a alienação que o trabalho proporcionava, já que os trabalhadores não eram proprietários dos bens que produziam.

[62] Conforme Miguel Nogueira de Brito, a partir de Locke, paulatinamente, a figura original da comunhão de bens perdeu a sua função de justificar a apropriação privada das coisas, para se adotar, no seu lugar, a fundamentação idealista e utilitarista que vinculava a propriedade à liberdade e à autonomia dos indivíduos para realizarem escolhas racionais afim de maximizarem, eficientemente, a satisfação de suas necessidades. Isto é, a propriedade privada asseguraria "que as preferências das pessoas" se realizassem "na maior medida possível". (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 21-22 e 10.)

[63] Se a propriedade coletiva era característica das etapas primitivas da história humana e a propriedade privada era uma evolução daquele modelo, qualquer proposta tendente à coletivização – como seria o caso das orientações socialistas/comunistas – poderia ser interpretada como um retorno ao passado, uma involução social.

espaço em que vigoravam: a isonomia entre os fornecedores e consumidores e o igual acesso aos bens a todos que se dispusessem a pagar o preço definido pela lei da oferta e da procura.

Dessa forma, num primeiro momento, as leis de mercado foram consideradas como as mais adequadas ao desenvolvimento coletivo porque permitiam que os indivíduos participassem, ainda que de forma irrefletida, do processo de construção desta sociedade. No entanto, com o tempo, percebeu-se que estas mesmas leis eram imperfeitas para regular algumas situações envolvendo determinadas espécies de bens, como seria o caso dos imóveis urbanos, pois, conforme Hayek, "o modo como um proprietário utiliza sua propriedade" impacta outros imóveis[64]. Estes "efeitos de vizinhança", portanto, demonstrariam que: as "fórmulas gerais da propriedade privada ou da liberdade de contrato" não solucionariam imediata e adequadamente os "complexos problemas gerados pela vida urbana". Ao mesmo tempo, medidas concernentes ao "dirigismo central" substitutivas do mercado prejudicariam a "responsabilidade individual" e a liberdade/mobilidade dos indivíduos – ainda que esta não decorresse de uma decisão destes sujeitos, mas da dinâmica de mercado[65].

Os exemplos clássicos dos "efeitos de vizinhança" são, segundo Ronald Harry Coase, o caso da indústria que, em sua atividade produtiva, gera excessiva poluição atmosférica que prejudica os moradores dos imóveis situados nas suas proximidades e o caso de imóveis rurais agricultáveis, vizinhos às estradas de ferro, que teriam sofrido danos decorrentes de incêndios provocados por faíscas provenientes da passagem dos trens sobre os trilhos[66]. Em ambos, os causadores dos danos receberiam todos as vantagens provenientes de sua ação, mas transfeririam a terceiros parte dos custos necessários para realizá-las.

Nesse sentido, tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência – de sistemas jurídicos de matriz consuetudinária, como o inglês e o estadunidense – produziram três espécies de soluções. A primeira foi a responsabilização do causador dos danos, a segunda foi a fixação

---

[64] Estes impactos são compreendidos como externalidades. Isto é, "custos ou benefícios", exteriores ao sistema de preços, decorrentes das atividades de um agente econômico, cujas consequências atingem terceiros. Estas externalidades podem ser positivas se trazem benefícios aos terceiros impactados, ou negativas se impõem desvantagens ou custos a eles. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 41.)

[65] Segundo Hayek, a inexistência de uma "autoridade com poderes coercitivos" provavelmente não impediria que os atores de mercado desenvolvessem mecanismos e "instituições legais" que possibilitassem a resolução dos problemas decorrentes dos "efeitos de vizinhança". Para ele, embora uma parte destes atores tivesse poder de definir a maior parte destas questões, os atores menos influentes teriam liberdade, "dentro da estrutura fixada por aqueles", para "decidir a respeito de certas questões". Este seria o caso dos municípios que, ao definirem um marco regulatório urbano local, e aplicarem medidas de estímulo e desincentivo permitiriam aos proprietários decidirem de forma livre e responsável se adeririam ou não às citadas medidas. (HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. p. 411-414.)

[66] Em ambos os casos, presume-se que as atividades causadoras de danos foram: autorizadas pelo Ente Público competente; exercidas em consonância às normas técnicas aplicáveis – isto é, não houve imprudência, negligência ou imperícia; e adotaram-se mecanismos para evitar a ocorrência de danos.

de um tributo a ser pago pelo causador do dano, cujo valor variaria conforme os danos gerados e o terceiro foi a remoção das atividades para áreas em que não causassem danos[67].

No entanto, para Coase, todas as possíveis soluções produzidas pela abordagem clássica demandariam a atuação estatal que, ao substituir a vontade dos indivíduos envolvidos, não se mostraria adequada. Afinal, estas soluções cessariam ou prejudicariam atividades que poderiam ser consideradas relevantes pela sociedade.

Assim, ele compreendeu a externalidade como "o resultado do comportamento de duas partes"[68], as quais deveriam definir como se processaria a citada internalização. Para tanto, ele propôs a internalização destes resultados mediante um método de soluções baseado sobre quatro elementos.

O primeiro elemento é a definição legal do direito de propriedade dos atores envolvidos. O segundo é a conversão de todas as vantagens e desvantagens produzidas em valores monetários. A negociação entre estes atores, mediante a comparação dos valores pecuniários de suas perdas, dos seus ganhos, bem como os custos necessários para realizar a negociação e implementar as diversas soluções possíveis[69]. Enfim, a celebração de um acordo entre as partes e que seria satisfatório e aceitável por todas elas.

Logo, seguindo a orientação de Coase, a função dos textos jurídico-normativos se alteraria. Eles não deveriam definir, previamente, as hipóteses passíveis de indenização, os sujeitos a quem se atribuiria o dever de reparação, o montante a ser definido como indenização[70], ou mecanismos para evitar que estes prejuízos fossem causados. Ao contrário, as leis deveriam descrever as prerrogativas proprietárias da forma mais completa possível e criar garantias para que as deliberações que precederiam o acordo entre as partes ocorressem de forma transparente e equânime[71].

Dessa forma, Coase, ao valorizar a quantificação pecuniária das vantagens, prejuízos e a negociação para a tomada de decisões, demonstrou que qualquer solução – mesmo

---

[67] COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e economia:* textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59-60 e 93-95. No mesmo sentido: RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 44.

[68] *Ibid*., p. 45.

[69] Estes últimos custos são chamados de custos de transação. (*Ibid*., p. 50.)

[70] Para Coase, esta espécie de lei objetivava beneficiar previamente determinados interesses em detrimento de outros. Este seria o caso, por exemplo, da maior parte das leis criadas para regular a construção civil e a atividade empresarial/industrial não objetivam designar as atividades danosas e indicar os deveres de reparação dela decorrente, mas, "proteger os empreendimentos empresariais das reclamações daqueles a quem o desempenho de suas atividades causou prejuízos". (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 86-87.)

[71] *Ibid*., p. 68-70, 74 e 76-77. No mesmo sentido: RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 63 e 42. Em sentido aproximado, Miguel Nogueira de Brito, ao analisar a "Teoria do Trabalho" atribuiu ao Estado, ainda, o dever de possibilitar o trabalho produtivo e, assim, permitir que os indivíduos adquirissem bens no mercado. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 11.)

aquelas que se referissem à regulação estatal – possuiriam custos, os quais deveriam ser passíveis de internalização. Ademais, as soluções estatais deveriam ser restringidas, pois, nem sempre eram as mais eficientes e, além disso, dificilmente, permitiam a internalização dos custos[72]. Outrossim, as decisões de situações como aquela constante do exemplo acima deveriam considerar "a utilidade e o prejuízo" decorrente da manutenção da indústria poluente.

Este último aspecto é o cerne de sua construção teórica: o "sopesamento entre os ganhos" decorrentes da "eliminação dos efeitos prejudiciais" e aqueles que adviriam da "continuação dessas atividades"[73]. Nesta comparação analisar-se-iam as perdas que impactariam os sujeitos diretamente atingidos pela poluição, e os prejuízos que terceiros teriam em razão da proibição ou realocação da atividade[74].

Diante destas considerações, pode-se analisar quais seriam as soluções que a orientação de Coase forneceria aos exemplos mencionados. Como ambas as soluções seguiriam o mesmo raciocínio, basta analisar uma das ilustrações, no caso: a indústria poluente.

Se a pretensão dos vizinhos fosse considerada juridicamente adequada, eles poderiam exigir que: a indústria encerrasse definitivamente as suas atividades. Ela se transferisse para outro local, onde não causasse mais danos aos vizinhos. Ela arcasse com as despesas de transferência dos vizinhos para outro local, onde não fossem atingidos pela poluição. Ela instalasse filtros para erradicar ou minimizar a poluição.

Assim, o industriário consideraria os custos de todas estas soluções e os lucros advindos de sua atividade. Se todas estas soluções fossem mais onerosas do que o lucro advindo da atividade, o industriário optaria por encerrar suas atividades e investir em outra. Se os custos de transferência dos vizinhos ou da fábrica, bem como a instalação dos filtros fossem menores

---

[72] Segundo Coase, embora o Estado pudesse criar e impor soluções para estes casos, isto não significaria que tais medidas seriam melhores do que aquelas produzidas pelo mercado. Afinal, o funcionamento da Administração Pública possui um custo que deveria ser internalizado nestas soluções, mas que, em regra, não o é. Estes textos jurídico-normativos se sujeitariam a pressões políticas e sociais e seriam isentas da concorrência, o que contribuiria para que as soluções não se mostrassem as mais eficientes. Os textos jurídico-normativos seriam aplicados em diversas situações fáticas, e, em algumas delas, esta aplicação seria inadequada em razão das especificidades dos casos.
Assim, a regulação estatal não se mostraria adequada a todas as situações, mas somente a algumas delas, como, por exemplo, nos casos que envolvessem "um grande número de pessoas" e que, por esta razão, apresentariam soluções com um custo de transação muito elevado a ser suportado pelos atores de mercado. (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 79-80, 91-92 e 82. No mesmo sentido: RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 46 e 54.)

[73] Logo, a discussão não se centraria na proibição de qualquer interferência na propriedade dos vizinhos, mas na intensidade desta interferência, a partir da definição do que se constituiria como uso normal do bem. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 22 e 34.)

[74] Nesse sentido, Coase compreendeu que os fatores de produção não seriam coisas em si, mas direitos de propriedade, os quais confeririam ao seu titular o poder de realizar uma série de atos fáticos e jurídicos. Dessa forma, "o direito de fazer algo que gera efeitos prejudiciais (tais como a emissão de fumaça, barulhos, odores, etc.) é, também, um fator de produção". (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 111-112, 82 e 90-91.)

do que os prejuízos decorrentes da paralização das atividades, o industriário optaria por uma delas – na verdade, ele optaria por aquela que fosse menos onerosa para si.

Entretanto, se a pretensão do industriário fosse considerada juridicamente adequada, os vizinhos deveriam arcar com os custos para a eliminação ou redução da poluição. Eles deveriam pagar para que o industriário encerrasse definitivamente as suas atividades. Eles custeariam a transferência da fábrica para outra localidade que não lhes prejudicasse. Eles custeariam a sua própria transferência para um local imune à poluição. Eles pagariam para que se instalassem filtros para erradicar ou minimizar a poluição. Ao analisarem todos estes custos, eles também optariam, racionalmente, pela solução menos onerosa.

Se ambas as pretensões – dos vizinhos e do industriário – fossem consideradas juridicamente adequadas, não haveria a possibilidade de a atividade industrial ser encerrada. Contudo, as demais soluções ainda se apresentariam viáveis.

Assim, a parte que obtivesse maior vantagem com a sua permanência no local aceitaria arcar com os custos da transferência – própria ou da outra parte – ou da instalação dos filtros, optando por aquela que fosse menos dispendiosa. Porém, se nenhuma das partes aceitasse ser transferida, aquele que obteria a maior vantagem arcaria sozinho com a instalação dos equipamentos de contenção/redução da poluição atmosférica, desde que isso fosse menos oneroso do que a sua própria transferência – ou encerramento da atividade, no caso da indústria[75].

Em síntese, portanto, a teoria de Coase propõe que "os tribunais devem distribuir os custos do exercício dos direitos de propriedade entre as partes em litígio de forma a maximizar a riqueza ou o valor da produção"[76]. O direito de propriedade seria, assim, "uma condição necessária para que a negociação não envolva custos de transação significativos", visto que definiria, previamente, "quem é que tem que pagar a quem para ser alcançado o resultado eficiente". Dessa forma, a produção dos textos jurídico-normativos deveria se atentar para a construção de mecanismos que proporcionassem soluções que apresentassem "uma melhor relação entre custos e benefícios"[77].

---

[75] Todas estas soluções se ajustariam ao "Teorema de Coase". Segundo ele, "se os custos de transação são nulos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente". Segundo Vasco Rodrigues, como a inexistência destes custos não seria uma realidade, o Teorema deveria ser reformulado para enunciar a seguinte orientação: "se os custos de transação forem suficientemente baixos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente". (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 52-53.)

[76] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 48.

[77] Conforme Vasco Rodrigues, haveria dois tipos se soluções possíveis a serem incorporadas pelos textos jurídico-normativos, ambas apresentando pontos vantagens e desvantagens. A primeira, vinculada à orientação clássica, seria a definição legal prévia de que o causador da poluição deveria indenizar os prejudicados, o que garantiria segurança jurídica, mas poderia ser ineficiente e prejudicar toda a população, pois, impediria que diversas atividades fossem desenvolvidas.

Ademais, a propriedade privada incentivaria que os bens fossem empregados por quem pudesse gerar maior utilidade a partir deles. A negociabilidade faria com que eles fossem adquiridos por aqueles que mais os valorizassem – por aqueles que vissem nestes bens um potencial de geração de comodidades e riquezas.

Portanto, o direito de propriedade teria duas principais funções. A primeira é evitar conflitos sociais decorrentes da pertença dos bens. A segunda é fomentar que os indivíduos produzissem bens necessários aos demais membros da coletividade e em quantidade adequada, empregando técnicas apropriadas e custos reduzidos, que aumentassem os seus ganhos e lhes permitisse adquirir outros bens e comodidades das quais necessitasse.

Nesse sentido, o direito de propriedade não seria ilimitado. Contudo, ele apresentaria conformações diversas em consonância à natureza dos objetos e ao respeito aos direitos de propriedades de outros indivíduos, cujo escopo seria maximizar as mencionadas funções, possibilitando aos proprietários retirarem das coisas que lhes pertencem as maiores utilidades[78]. Esta visão utilitarista, portanto, não abarcaria discussões concernentes à quantidade de bens acumulados pelos indivíduos, pois, a questão relevante a ser analisada é a eficiência produtiva proporcionada pela gestão destes bens e a sua relação com a liberdade individual[79].

1.2.2 Léon Duguit e a "funcionalização" da propriedade privada

Para Léon Duguit[80], os sistemas jurídicos modernos seriam os resultados jurídicos das necessidades surgidas nos Séculos XVIII e XIX. Dessa forma, estes sistemas incorporaram a figura do contrato social, conforme apresentado pela acepção lockeana, segundo a qual, "*l'homme est par nature libre, indépendant, isolé, titulaire de droits individuels, inaliénables et imprescritibles, de droit dits naturels, indissolublement attachés à sa qualité d'homme*". Assim, a formação da sociedade civil tem sua origem num ato voluntário destes indivíduos, com a finalidade de "*assurer la protection de leurs droits individules naturels*", o que exige

A segunda solução, ligada à teoria de Coase, seria permitir uma avaliação caso a caso, que imporia ao causador do dano o dever de indenizar, desde que ele fosse a parte que pudesse resolver o problema de "forma mais eficiente". Porém, isto prejudicaria a segurança jurídica e imporia às partes um custo de transação muito elevado para informar o magistrado que decidiria o caso. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 53-55.)

[78] *Ibid*., p. 56-57; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 23-24.

[79] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 22 e 34.

[80] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé...*, p. 16, 23-24, 18 e 6.

restrições "*aux droits de chacun, mais seulement dans la mesure où cela nécessaire pour assurer le libre exercice des droits de tous*".

Logo, o objetivo do Estado é a proteção destes direitos – que lhes são precedentes – sendo-lhe vedado atentar contra eles por quaisquer espécies de atos materiais ou jurídicos. Assim, "*la régle de droit, ou le droit objectif, a pour foundement le droit subjectif de l'individu*". Isto é, os textos jurídico-normativos modernos seriam o "*développement normal et rationnel*" dos "*principes immortels et définitifs*"[81] extraídos da natureza[82].

O direito moderno marcou-se, portanto, pelo individualismo liberal que concebeu o direito subjetivo como aquele que conferiria ao titular o poder de impor a sua vontade a terceiros. Conforme esta descrição, a ilustração, por excelência, do direito subjetivo liberal seria o direito de propriedade. Sua conformação jurídica se caracterizava pela declaração de intangibilidade das situações jurídicas proprietárias, sem se questionar sobre a legitimidade ou fundamento das aquisições que originaram as apropriações.

Sua conformação jurídica se caracterizava, também, pela destinação a uma finalidade eminentemente individual, que vinculava o direito de propriedade à liberdade e à autonomia da vontade[83], cuja consequência foi conceber o sujeito passivo, como todos os demais sujeitos existentes. Isto é, um sujeito passivo universal[84]

Além disso, atribuía-se ao proprietário um direito subjetivo absoluto. Este absolutismo completaria a configuração do direito de propriedade como o direito subjetivo

---

[81] Em uma tradução livre de todas estas passagens: "o homem é, por natureza livre, independente, isolado, titular de direitos individuais, inalienáveis e imprescritíveis, de direitos ditos naturais, indissoluvelmente ligados à sua qualidade humana". [...]"assegurar a proteção de seus direitos individuais naturais". [...] "aos direitos de cada um, mas somente na medida em que isto seja necessário para assegurar o livre exercício dos direitos de todos". [...] "a regra de direito, ou o direito objetivo, tem por fundamento o direito subjetivo do indivíduo". [...] "desenvolvimento normal e racional dos princípios imortais e definitivos".

[82] Esta afirmação, segundo o autor, poderia ser encontrada na *Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen*, que, em seu artigo 4, prescreve: "*Art. 4 – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*". Em uma tradução livre: "Art. 4 – A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não cause danos a outro. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites do que os necessários para que os demais membros da sociedade gozem destes mesmos direitos. Estes limites somente podem ser determinados pela lei".

[83] Para Duguit, a valorização da finalidade individual e o absolutismo proprietário a ela inerente seriam manifestações da "*souveraineté de l'individu*" – soberania do indivíduo, em uma tradução livre – portanto, adequado ao individualismo proprietário decorrente do individualismo liberal. (*Ibid*., p. 153. Em sentido semelhante: GROSSI, Paolo. *Op. cit.*, p. 67.)

[84] Esta forma de compreender a relação jurídica proprietária estabelece uma hierarquização de vontades: em que a do proprietário é considerada sempre prevalente à dos demais indivíduos, isoladamente ou em conjunto. No entanto, esta hierarquização apresentaria dois vícios. O primeiro se relaciona à inexistência de um sentido/significado juridicamente aceitável de vontade. O segundo se refere à inexistência de uma fundamentação jurídica apta a explicar a citada prevalência, exceto a tautologia – a vontade do proprietário deve prevalecer porque está na lei/a prevalência da vontade do proprietário está na lei porque ela deve prevalecer. (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 12-14.)

típico, pois, abrangeria: o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar. Ademais, o proprietário teria o direito de não exercer nenhuma destas ações, ainda que isto significasse a destruição do bem ou a sua improdutividade

Tinha-se, ainda, a abstenção de todos os não-proprietários, o que inclui os Entes Públicos. Estes, somente em casos excepcionais, poderiam restringir o exercício das prerrogativas proprietárias e/ou, mediante o pagamento de uma justa e prévia indenização, adquirir compulsoriamente os bens materiais sobre os quais incidiria o direito de propriedade.

Enfim, a conformação do direito de propriedade dava azo aos direitos sucessórios. Afinal, estes atribuíam ao proprietário a prerrogativa de definir o destino que o bem teria após a sua morte[85].

Entretanto, os textos jurídico-normativos que subsidiavam esta compreensão – ainda que sem supressões, alterações ou acréscimos textuais – sofreram modificações em seus conteúdos, em razão da mudança do suporte fático no qual eles deveriam ser aplicados. Esta é a origem, segundo Duguit[86], da construção jurisprudencial e doutrinária da teoria do abuso de direito, a qual se sustentou na diferenciação entre o direito de propriedade em si – a descrição das prerrogativas proprietárias – e o exercício dos poderes prescritos pela lei. Assim, no exercício de suas prerrogativas, o proprietário deveria buscar uma utilidade ou a satisfação de um interesse juridicamente protegido, o que não poderia prejudicar ou causar danos à propriedade alheia. Neste sentido, a figura do abuso de direito seria uma reação às consequências advindas da caracterização do direito de propriedade como um direito absoluto, pois objetivaria coibir "*l'exercice anormal de ce droit*"[87].

Porém, segundo Duguit, a definição do exercício anormal de um direito depende da definição prévia do que configuraria o seu exercício normal. Isto demandaria investigar o ordenamento jurídico positivo, as decisões jurisprudenciais e as construções doutrinárias sobre aquele tema.

Além disso, dever-se-ia analisar a finalidade que, no passado, foi buscada pelo legislador e que o levou a se valer de dada fórmula linguística. Dever-se-iam examinar, também, os fins que, no presente, pretende-se realizar – o que depende das mudanças sociais. Enfim, dever-se-ia examinar se a fórmula jurídica adotada – e as concepções doutrinárias e jurisprudenciais que dela decorreram – são aptas a realizar os fins atuais.

---

[85] *Ibid*., p. 8-9, 147-148, 156 e 151-154.
[86] *Ibid*., p. 3-4 e 196-202.
[87] Em uma tradução livre: "o exercício anormal deste direito".

Ao realizar estas investigações, Duguit afirmou que as fórmulas adotadas pela "Teoria do Trabalho" – o "uso normal" da propriedade e a vedação ao exercício abusivo do direito de propriedade – não teriam, em si, nenhuma novidade. Elas apenas significariam que o proprietário realizou uma conduta que ultrapassou o conjunto de ações que o seu direito lhe conferia – e, por esta razão, esta sua conduta seria ilícita[88].

Ademais, segundo o autor, as decisões jurisprudenciais francesas que deram fundamento à construção da teoria do abuso de direito não indicavam uma simples limitação do direito de propriedade – uma abstenção de praticar determinadas condutas. Elas impunham a prática de atos comissivos, como por exemplo, agir para prevenir danos extraordinários aos direitos de propriedade dos vizinhos[89].

Assim, se a relação de concordância lógica entre a conformação jurídica da propriedade privada e a finalidade social permitiu afirmar que o direito de propriedade moderno nasceu no Século XIX. Ele se adequava às necessidades econômicas liberais, pois, os bens eram destinados/afetados a uma finalidade exclusivamente individual, o que não significava que esta conformação seria o ápice da evolução humana e social.

Na realidade, esta foi uma fase histórica que, a partir do Século XX, não encontraria mais suporte, pois, a sociedade humana passou a caracterizar-se pela "*solidarité sociale*" ou "*interdépendance sociale*", a qual se sustenta em "*similitudes*" e na "*division du travail*". De um lado, "*les similitudes des besoins des hommes appartenant à un même groupe social*", que une os homens para que em conjunto satisfaçam e assegurem a satisfação destas necessidades coletivas. Lado outro, "*la diversité des besoins et des aptitudes des hommes appartenant à ce même groupe*", que une os homens para que estes dividam as tarefas conforme as suas

---

[88] Saleilles reconheceu que a verificação das hipóteses de ocorrência destes atos seria problemática, pois não havia uma previsão legal que definisse: o que seriam as práticas antissociais; a forma de apuração e comparação entre as vantagens e sacrifícios. (SALEILLES, Raymond. Notes et commentaires explicatifs du Livre 1 – Partie générale – Code civil allemand. In: ALEMANHA. *Code civil allemand promulgue le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900.* Traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy Ullmann, R. Saleilles. Paris: L'Imprimerie Nationale, 1906. p. 335-336.)
É neste sentido que Duguit afirmou que a distinção entre o abuso de direito e o ato ilícito não seria difícil, mas impossível. Se o ato ilícito é aquele que causa danos a terceiros, o ato abusivo também o causaria – já que o sacrifício desproporcional também seria um ato danoso. Ademais, se o ato ilícito é aquele contrário ao direito, o ato abusivo também o seria, pois, o exercício exorbitante das prerrogativas conferidas pelo ordenamento jurídico ao titular significa que este realizou uma conduta juridicamente proibida. (DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé*..., p. 198-199.)

[89] Estes elementos evidenciariam o caráter metafísico da concepção de direito natural, que sustentava o direito subjetivo de propriedade. Se o direito é relacional – exige uma relação social juridicamente tutelada –, indivíduos com contatos esporádicos – que vivem em um suposto estado de natureza, precedente à sociedade – não possuiriam direitos, mas tão somente pretensões, desejos ou interesses que seriam irrelevantes para o direito. (*Ibid.*, p. 181, 9-12, 18, 197-199 e 155.)

capacidades e, assim, todos possam contribuir para a satisfação das necessidades específicas de cada um[90].

Estas bases sociais e reais – porquanto passíveis de verificação e comprovação empírica a partir da observação da vida social – levaram Duguit a uma construção teórica que ele considerou realista e socialista – em razão dos seus fundamentos e pontos de partida. Nesta construção a máxima aristotélica – o homem é um animal social – deveria ser compreendida em consonância à concepção de August Comte, segundo a qual cada indivíduo possui uma tarefa a realizar na e para a sociedade. Dessa forma, cada homem teria o único direito de cumprir esta sua tarefa[91], o que alteraria o fundamento da proteção jurídica conferida ao homem:

> *Si l'on protégeait l'afectation individuelle d'une richesse, c'était uniquement en considération de l'individu; c'était uniquement l'utilité individuelle que l'on avait vue. Or, aujourd'hui nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre social. Ainsi, le système individuailste est en contradiction flagrante avec cet état de la conscience moderne*[92].

O extrato acima citado, a auto nomeação da sua exegese como socialista e o seu fundamento comtiano permitiriam atribuir à construção duguitiana dois sentidos. O primeiro, e mais evidente, considerá-la-ia como totalitária. Afinal, o homem seria instrumentalizado para atender a um fim social, o qual não lhe atribuiria direitos, mas tão somente deveres a serem cumpridos em benefício da coletividade da qual faz parte. O segundo consideraria a construção teórica como um meio de explicar a razão pela qual dadas pretensões individuais se inserem no ordenamento jurídico, conferindo atribuições aos indivíduos. Assim, o primeiro sentido se sustentaria numa exegese literal das citadas considerações, ao passo que o segundo analisaria estas considerações num sentido sistemático e que consideraria outras ilações do autor.

---

[90] Em uma tradução livre: "solidariedade social" ou "interdependência social", caracterizadas "semelhanças" e pela "divisão do trabalho", isto é, pelas "semelhanças de necessidades dos homens pertencentes a um mesmo grupo social" e pela "diversidade de necessidades e de habilidades dos homens pertencentes a este mesmo grupo". (*Ibid*., p. 6, 150-151 e 26-27.)

[91] Para explicar esta ideia, Duguit citou, textualmente, August Comte sobre o papel do homem: "*Dans tout état normal de l'humanité, chaque citoyen quelconque constitue réellement un fonctionnaire public, dont les attributions plus ou moins définies déterminent à la fois les obligations et les prétentions*". Em uma tradução livre: "em todo o estado normal da humanidade, cada cidadão, independentemente de quem seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições mais ou menos definidas determinam suas obrigações e pretensões". (COMTE, August *apud* DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 158-159.)

[92] Em uma tradução livre: "Se se protegia a afetação individual de uma riqueza, era unicamente em consideração ao indivíduo, era unicamente a utilidade individual que se levava em consideração. Porém, hoje, nós temos a consciência muito clara que o indivíduo não é um fim, mas um meio, que o indivíduo é somente uma engrenagem da vasta máquina que é o corpo social, que cada um de nós só tem razão de ser no mundo pelo trabalho que realiza na obra social. Assim, o sistema individualista é uma contradição flagrante com este estado da consciência moderna". (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 25-26, 154-155 e 14.)

Conforme Duguit, o sistema jurídico, a partir do Século XX, não repousaria na ideia metafísica de direito subjetivo, mas na regra social – fundada nas semelhanças e na divisão do trabalho – que atribui a cada indivíduo uma função a ser desenvolvida na sociedade e em benefício desta mesma sociedade. A liberdade não seria identificada, portanto, à autonomia da vontade liberal, mas, ao dever de o indivíduo empregar suas atividades no desenvolvimento da solidariedade ou interdependência social. Ela se identificaria, também, ao dever "*de développer aussi, complètement que possible son individualité physique, intellecutuelle et morale, pour remplir cette fonction le mieux possibile, et nul ne peut entraver ce libre développement*".

Dessa forma, nenhum indivíduo seria titular do "*droit de ne rien faire du tout*", ou do direito de "*entraver lui-même le libre développement de son individualité*". Isto modificava os fundamentos jurídicos relativos à tutela dos atos individuais. Se os atos dos indivíduos ou grupos sociais estão em consonância e objetivam realizar uma finalidade "*conforme la solidarieté sociale telle qu'elle est comprise à un moment donné dans les pays consideré et par consequent conforme au droit objectif de ce pays*", estes atos serão "*reconnus et protégés juridiquement*". Assim, a proteção jurídica à vontade individual não se sustenta nesta mesma, mas no "*but collectif que poursuit une volonté individuelle*"[93].

Assim, quando Duguit se valeu das teses de August Comte, ele não adotou uma postura de supressão do indivíduo, mas buscou os fundamentos sociológicos do Direito, o que explica a adoção da compreensão durkheimiana de solidariedade. Logo, a concepção teórica duguitiana não se adequaria ao "domínio total" – como exposto por Hannah Arendt –, mas adota um sentido segundo o qual, cada homem tem o dever de ser livre e realizar as suas potencialidades, pois, assim, contribuirá ao desenvolvimento social[94]. A liberdade não teria,

---

[93] Em uma tradução livre de todos estes extratos: o indivíduo tem o dever "de desenvolver, também, tanto quanto possível sua individualidade física, intelectual e moral, para preencher esta função da melhor forma possível, e ninguém pode impedir este livre desenvolvimento". [...] O indivíduo não tem "o direito de não fazer nada", de "obstaculizar o livre desenvolvimento da sua individualidade". [...] Se os atos dos indivíduos e grupos sociais estão em consonância e objetivam realizar uma finalidade "conforme a solidariedade social, tal qual ela é compreendida em um dado momento, em um dado Estado, e, consequentemente, ao direito objetivo deste mesmo Estado", estes atos serão "reconhecidos e protegidos juridicamente"; [...] logo o fundamento à proteção jurídica da vontade individual; consequentemente, a proteção jurídica à vontade individual tem como fundamento o "objetivo coletivo perseguido por esta vontade individual". (*Ibid.*, p. 8-9, 19-21, 158 e 71-74.)

[94] Para Duguit, os impactos provenientes do Século XX não se restringiram ao direito privado, mas alcançaram também as bases de legitimação do Estado e, consequentemente do direito público. Estas não seriam mais a ideia de "*puissance publique*" e "*souveraineté*" – "poder público" e "soberania", numa tradução livre – mas de serviço público, tomado, também, como uma função pública. Neste sentido, a acepção de Duguit se afasta das concepções totalitárias estudadas por Hannah Arendt – e, até mesmo da descrição fascista, empreendida por Mussolini e Gentile – embora, ajuste-se à terminologia de Hayek, para quem, no Estado de Bem-Estar Social, haveria um gérmen coletivista que apagaria "os vestígios de uma tradição individualista", reduziria os homens a funcionários públicos e converteria a propriedade numa "função assalariada". (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 163 e 172.)

Em apoio à sobredita identificação com a terminologia hayekiana, Duguit reconheceu que o aumento da oferta quantitativa e qualitativa dos serviços públicos geraria um aumento nos gastos públicos, o que oneraria os

portanto, uma acepção *a priori* – como independência individual decorrente do estado de natureza –, mas possuiria um sentido contingente, que consideraria o que compete a cada uma das pessoas, em razão da interdependência delas.

A liberdade nasceria juridicamente regulada em função dos objetivos sociais; e, como o indivíduo teria o dever de ser livre, ser-lhe-iam garantidos os meios para cumprir este dever. Isto é, quando ele agisse em consonância a este dever, seus atos seriam juridicamente válidos. Portanto, a citada concepção substitui a ideia de direito subjetivo pela ideia de poder – o conjunto de atribuições para a realização de um dado fim, cuja realização se constitui em um dever daquele que detém este poder.

Logo, se a citada concepção não suprimiria a liberdade individual, mas a consideraria fruto do direito positivo, o mesmo ocorreria com a proposta de socialização da propriedade privada. Esta, longe de ser coletivizada, deveria ser protegida contra quaisquer ações de terceiros ou do Estado. Nesta senda, a adoção do vocábulo "socialista" como um meio de qualificar a citada concepção teórica, não guardaria relação às doutrinas de Marx e Engels, Para Duguit, a coletivização seria um retrocesso, a variável classe social reduziria a complexidade inerente às sociedades[95] e a ideia de luta de classes foi substituída, no Século XX, por "*un régime de coordination et de hiérarchisation des classes*"[96].

Assim, a propriedade capitalista[97] é uma construção jurídica que tem por finalidade atender determinadas necessidades econômicas, o que a torna uma "*condition indispensable de la prospérité et de la grandeur des societés*". Em razão da concordância lógica entre a finalidade

---

contribuintes. Ademais, isto poderia impactar no resultado dos processos eleitorais, pois as preferências individuais seriam diretamente impactadas pelo seu grau de dependência da rede de serviços públicos.
Embora, teoricamente, não aumente o "*droit de puissance des gouvernants*" – "direito de poder dos governantes", numa tradução livre – visto que os serviços públicos seriam funções públicas, haveria o aumento do poder de fato, da capacidade de influência destes governantes. Entretanto, Duguit também reconheceu que todos estes impactos seriam reduzidos diante da descentralização destes serviços – o que inclui a possibilidade de transferir a sua prestação aos particulares – e da ampliação das formas de controle dos usuários sobre a prestação, funcionamento e organização destas atividades. (DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 1-72.)

[95] Dessa forma, a teoria de Duguit se desenvolve em sentido semelhante ao que seria, no futuro, adotado por Laclau e Mouffe. (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 160-161. Em uma ocasião anterior, Duguit havia rechaçado a opção socialista/comunista como um dos fundamentos de sua teorização. Para mais informações: DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*: conférences faites à l'École des hautes études sociales. Paris: Librairie Félix Alcan e Guillaumin réunis, 1908. p. 112-117.)

[96] Em uma tradução livre: a sociedade se dirigiria para um "regime de coordenação e hierarquização de classes". (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 21.)

[97] Duguit restringiu seu estudo aos bens de produção ou passíveis de serem destinados à produção, conforme definido pelas Ciências Econômicas. Os bens de consumo – por exemplo, alimentos – não se constituíram em objetos de análise, embora o autor tenha indicado que, neste caso, ele considerava que os bens se sujeitassem à lógica individualista – que considera somente a vontade do proprietário – e, portanto, excluídos da ideia de socialização. (*Ibid*., p. 148.)

– a "*l'utilité sociale*" – e a regulação jurídica, o regramento jurídico proprietário é construído como um meio de atribuir ao proprietário o dever[98] "*d'assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination*"[99]. Isto é, com a finalidade de "*maintenir*" e "*accroître l'interdépendance sociale*".

Esta noção sintetiza, portanto, o que é, para Duguit, a socialização da propriedade privada. A propriedade deixa de ser um direito subjetivo para se tornar uma função social, cuja consequência é garantir liberdade ao proprietário para que este atenda à destinação do bem e, assim, cumpra a sua função social como proprietário. Além disso, ela deve garantir ao proprietário a proteção jurídica de seus atos enquanto estes se voltarem ao cumprimento de sua função social como responsável pela realização da destinação social atribuída ao seu bem. Ao mesmo tempo, legitimam-se as ações estatais concernentes a coibir o proprietário de exercer adequadamente sua função social, mediante a utilização ou melhoria nas formas de utilização do seu bem em razão da destinação social que se imputou à coisa[100].

A "*propriété-fonction*" e a consequente "*protection sociale de la affectation de la richesse à un but*", segundo Duguit[101], explicariam as inovações e tendências legislativas e jurisprudenciais que, à época, fundamentaram, por um lado, o aumento da intervenção estatal na questão proprietária[102] e, por outro, a teoria do abuso do direito de propriedade. Porém, neste

---

[98] "*Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la societé une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La proprieté n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse*". Em uma tradução livre: "Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função em razão direta ao lugar que ele ocupa. O detentor da riqueza, em razão de possuir a riqueza, pode atender a uma certa necessidade que somente ele pode atender. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, aplicando o capital que ele detém. Ele é, então, obrigado socialmente a atender esta necessidade e ele somente será protegido socialmente se ele a atender e na medida em que ele o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; ela é a função social do detentor da riqueza". (*Ibid*., p. 158.)

[99] "*Le propriétaire capitaliste est investi d'une fonction sociale déterminée. Son droit subjectif de propriété, je le nie; son devoir social, je l'affirme. Tant que la classe capitaliste remplira la mission qui lui est assignée, elle vivra. Du jour où elle la négligerait, elle disparaîtrait, comme ont disparu en 1789 la noblesse et le clergé*". (DUGUIT, Léon. *Le droit social...*, p. 117-118.)
Em uma tradução livre: "O proprietário capitalista é investido de uma função social determinada. Seu direito de propriedade, eu o nego: seu dever social, afirmo-o. Enquanto a classe capitalista cumprir a missão que lhe foi atribuída, ela viverá. No dia em que ela a negligenciar, ela desaparecerá, como desapareceram, em 1789, a nobreza e o clero".

[100] Em uma tradução livre: uma "condição indispensável da prosperidade e da grandeza das sociedades" que, devido à sua "utilidade social", impõe ao proprietário o dever de "garantir o emprego das riquezas que possui conforme a sua destinação", ou seja, para "manter" ou "aumentar a interdependência social". (*Ibid*., p. 21, 72, 158-159, 148-149.)

[101] Em uma tradução livre: a "propriedade-função" e a "proteção social da afetação da riqueza a um objetivo". (*Ibid*., p. 161, 162-163 e 165-166.)

[102] Neste sentido, Duguit citou três casos relacionados à recuperação do "mais-valor" imobiliário. O caso inglês se referia ao imposto, criado em 1910, relativo ao aumento do valor da terra, às vantagens que o arrendador

caso, os citados elementos forneceriam explicações mais adequadas do que aquelas apresentadas pela teoria tradicional. Eles vinculariam a ideia de função social atribuída ao proprietário – o seu dever – e os poderes que lhe foram concedidos para realizar esta função.

Assim, esta vinculação forneceria parâmetros sobre os deveres de abstenção e de atuação imputados ao proprietário, bem como subsídios para se compreender o impedimento de o proprietário realizar atos que não geram uma utilidade para ninguém. Estes atos não seriam protegidos pelo ordenamento jurídico, pois, eles seriam dissonantes da destinação do bem e da função social atribuída ao proprietário.

Ademais, esta concepção forneceria elementos que justificariam a razão de atos úteis praticados pelo proprietário serem juridicamente protegidos, apesar de causarem danos a terceiros. Estes atos seriam protegidos porque objetivariam a satisfação de uma necessidade social, cuja realização foi atribuída ao proprietário[103].

Em síntese, portanto, segundo a acepção duguitiana, a funcionalização do direito como um todo e, em especial, a propriedade-função se caracterizaria como um "dever-poder"[104]. Ao proprietário é atribuído o dever de cumprir uma determinada função social

---

adquiriu após o término do contrato e ao não uso da terra pelo proprietário – cuja inação levou à não valorização da mesma.

O caso alemão se referia ao imposto, criado em 1909, sobre o aumento do valor de um imóvel que não decorresse de atos praticados pelo proprietário. Conforme esta lei, o aumento seria apurado no momento de transmissão da propriedade do imóvel a qualquer título – excepcionadas algumas formas de cessão.

Enfim, havia o caso francês, que se referia às valorizações imobiliárias notáveis decorrentes de obras públicas. Desde 1807, os Entes Públicos franceses que realizassem as citadas obras podiam requerer dos beneficiados indenizações que poderiam alcançar a metade dos acréscimos de valor que fossem apurados.

Com exceção da primeira situação do caso inglês, uma vez que as informações apresentadas por Duguit não permitem avalia-lo, as demais hipóteses indicariam a aludida transição do direito subjetivo de propriedade para a funcionalização da propriedade. Elas, segundo o autor, atingiriam uma das principais consequências da primeira concepção, o acréscimo "natural" do valor do bem.

A terceira situação do caso inglês é a que mais claramente se relaciona ao dever de usar a coisa e impedir a especulação imobiliária. O tributo estimularia o proprietário a cumprir sua função social e realizar a destinação social do imóvel para, então, não ter que pagar o tributo.

Porém, a segunda situação do caso inglês, bem como as hipóteses alemã e francesa também ilustrariam hipóteses de incentivo ao cumprimento da função social. Em todos eles, os valores decorriam de valorizações imobiliárias não imputadas aos proprietários. (*Ibid.*, p. 192-195. Para Hayek, o aumento ou redução dos preços de imóveis particulares decorrentes de ações públicas deveriam gerar: no primeiro caso, direito de o Ente Público recuperar o "mais valor", no segundo caso, direito de reparação ao proprietário prejudicado. Para mais informações: HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 371-392 e 421-424.)

[103] Logo, somente seriam indenizáveis os atos praticados pelo proprietário que, desprovidos de uma utilidade gregária, fossem contrários à sua função social e que, por isso, prejudicariam ou impediriam que, por exemplo, os demais proprietários retirassem de seus bens as utilidades possíveis. No entanto, se o ato estivesse em consonância com tal função, os prejuízos sofridos pelos demais proprietários deveriam ser por eles suportados, como uma consequência da interdependência social. (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé...*, p. 167-169.)

[104] Esta expressão foi introduzida no direito brasileiro por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar os deveres-poderes atribuídos à função administrativa do Estado. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 99 e 71-72.)

relacionada à destinação do bem e, para tanto, foram-lhe atribuídos os poderes necessários para realizar esta atividade[105].

Para o autor, esta nova configuração da propriedade seria uma tendência global. Dessa forma, se, eventualmente, ela não encontrasse fundamentação legal em algum ordenamento jurídico nacional, isto não contrariaria aquela propensão[106]. Isto apenas indicaria

---

[105] Dessa forma, Duguit, ao analisar a relação entre a interdependência social, a destinação dos bens a um objetivo socialmente relevante e as atribuições do proprietário, elaborou duas proposições que sintetizam a passagem do direito subjetivo de propriedade à propriedade-função e os fundamentos jurídicos dos poderes atribuídos ao proprietário. Segundo ele: "*1º Le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d'employer la chose qu'il détient à la satisfaction de besoins individuels, et particulièrment des siens propres, d'employer la chose au développement de son activité physique, intellectuelle et morale. Qu'on n'oublie pas en effet que l'intisité de la division du travail social est en raison directe de l'intensité de l'activité individuelle.*
2º Le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d'employer les choses à la satisfaction de besoins communs, des besoins d'une collectivité nationale tout entière ou de collectivités secondaires". (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 165-166.)
Em uma tradução livre: "1º O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa para a satisfação de necessidades individuais – particularmente, para a satisfação de suas próprias necessidades –, de empregar a coisa para o desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se olvide em efeito que a intensidade da divisão do trabalho social está em razão direta à intensidade da atividade individual.
2º O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar as coisas para a satisfação de necessidades comuns, de necessidades de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias".

[106] Por meio destas considerações, Duguit objetivou responder às críticas de Gaston Jèze sobre uma das primeiras apresentações de sua teoria da propriedade-função, realizada em um ciclo de conferências na *École des hautes études sociales*, cujo título foi "*Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*", posteriormente transformada em livro. Naquela ocasião, Duguit afirmou que a concepção de propriedade como um direito subjetivo individual seria substituído pela propriedade-função, o que não significava, porém, a coletivização dos bens. Dessa forma, manter-se-ia o sistema capitalista, mas ele não se sustentaria sobre o direito de propriedade, mas numa situação de fato – na apropriação e detenção da riqueza – juridicamente protegida enquanto os atos do detentor desta riqueza – o proprietário – cumprissem a função social que lhe foi imposta. (DUGUIT, Léon. *Le droit social...*, p. 21 e 148-149.)
Jèze verificou que Duguit compreendia, antes das citadas conferências, que a propriedade se caracterizava como um poder conferido ao proprietário sobre uma determinada coisa e que este poder nascia do direito objetivo. Em razão de sua origem legal, este poder se sujeitaria à conformação das leis, as quais teriam por escopo realizar aquilo que se considerava justo em cada época. O poder do proprietário sujeitar-se-ia, portanto, às leis, as quais poderiam reduzi-los ou, até mesmo, suprimir a possibilidade de apropriação privada sobre algumas espécies de bens.
No entanto, conforme o citado crítico, a partir das conferências, Duguit teria transformado este poder conferido pela lei em uma função social. Isto é. o proprietário se transformara em um funcionário público, e, consequentemente, as prerrogativas proprietárias se transformaram em competências funcionais – ele deveria se servir dos bens conforme a prescrição legal.
Não obstante a construção teórica duguitiana não defendesse a coletivização da propriedade privada, mas propugnasse que os bens deveriam ser adequadamente explorados pelos proprietários capitalistas, Jèze viu que este não seria o resultado obtido caso se adotasse aquela construção. Segundo ele, a adoção desta concepção suprimiria a propriedade privada, de forma semelhante ao que ocorreu quando se criou a noção de serviço público – cuja consequência foi o término da hereditariedade dos ofícios públicos exercidos, por exemplo, pela nobreza.
Contudo, as críticas de Jèze não se sustentavam somente nestas consequências. Para ele, a principal falha da teoria duguitiana seria a carência de fundamentos científicos – dados legislativos e jurisprudenciais – fornecidos pelo direito objetivo e que possibilitassem a citada construção teórica. Assim, Jèze terminou a sua crítica afirmando que aguardava novos estudos de Duguit em que ele apresentasse estes dados legislativos – o que, como se viu, ele buscou fazer durante as suas considerações sobre as transformações gerais do direito privado contemporâneo. (JÈZE, Gaston. Analyses et comptes rendus: L. Duguit, Le droit social. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, Paris, t, XXVI, n. 1, a. 6, p. 188-195, jan/mar, 1909. p. 193-195.)

que, naquele caso específico, esta providência pragmática ainda não seria necessária, pois os detentores da riqueza estariam cumprindo suas funções sociais, mas, os legisladores poderiam se valer deste expediente a qualquer tempo, desde que verificassem que os proprietários não cumpriam o seu dever[107].

Segundo Duguit[108], porém, esta tendência de centralidade da função social e da destinação atribuída ao bem na definição do regime jurídico proprietário – isto é, "*la propriété-affectation, la propriété sans propriétaire*" substituir a "*propriété-droit d'un propriétaire*"[109] – seria passível de comprovação por outras fontes normativas que, num primeiro momento não se relacionariam ao tema da apropriação privada dos bens. Neste sentido, ele citou as consequências jurídicas decorrentes da separação entre a Igreja e o Estado francês, realizada em 1905, quando se definiu que a propriedade dos templos se transferiria aos Entes Públicos. Contudo, estes edifícios seriam afetados ao culto religioso, devendo o clero e os fiéis constituírem associações culturais para assegurar esta destinação.

No entanto, em razão da proibição papal de 1906, estas associações não foram formadas, o que impediria a realização daquela destinação e, consequentemente, possibilitaria que os Entes Públicos exercessem, em sua plenitude, as prerrogativas proprietárias sobre os citados edifícios. Como solução à questão, foi editada a Lei de 02 de janeiro de 1907, a qual prescrevia que, mesmo sem a constituição das associações, os citados edifícios e os móveis que os guarneciam seriam destinados à prática religiosa dos fiéis e do clero. Consequentemente, possibilitou-se que diversas decisões jurisprudenciais garantissem aos fiéis ou aos membros do clero[110] a defesa daquela destinação, impondo-a, até mesmo, contra os proprietários.

Esta lei criou, portanto, uma situação em que "*une propriété n'est plus rien et une affectation qui est tout, une affectation qui est protégée contre le propriétaire lui-même; une affectation qui est énergiquement protegée comme telle, sans qu'on puisse trouver trace ni d'un*

---

[107] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 161-165.

[108] *Ibid*., p. 157 e 171-178.

[109] Em uma tradução livre: "a propriedade-afetação, a propriedade sem proprietário", em substituição à "propriedade-direito de um proprietário". (*Ibid*, p. 171.)

[110] Neste ponto, o autor reforçou alguns pontos decorrentes das especificidades das situações envolvidas. Segundo ele, estes indivíduos não eram proprietários e não detinham qualquer direito real individual sobre a coisa, pois: "*la collectivité des fidèles n'a certainement pas la personalité juridique; et en tant que curé le titulaire du poste n'a pas une personalité distincte de sa personalité privée. Ils n'ont donc pas d'action; dans le système civiliste et subjectiviste, ils ne pouvainet pas en avoir*". Em uma tradução livre: "a coletividade dos fiéis não tem certamente uma personalidade jurídica; e o clérigo titular do posto não tem uma personalidade distinta de sua personalidade de direito privado. Eles não têm, pois, ação; no sistema civilista e subjetivista, eles não podem tê-la". (*Ibid*., p. 172-173.)

sujet de droit ni d'un droit subjectif"[111]. Este movimento de esvaziamento do conteúdo de direito subjetivo da propriedade e o seu posterior preenchimento pela destinação social atribuída à coisa foi o que levou Duguit a identificar a propriedade-afetação como uma propriedade sem proprietário, pois, o que a caracterizaria e atribuiria aos sujeitos poderes para defende-la não seria a titularidade do direito, mas a pertença ao grupo de beneficiários daquela destinação.

1.2.3 A doutrina social da Igreja católica[112]

A concepção católica do direito de propriedade remonta à Escolástica, notadamente à concepção tomista presente na *Summa Theologica*. De um lado, esta concepção se filiava à vertente teológica da "Teoria da Natureza Humana". Ela concebia, em consonância ao criacionismo do Primeiro Livro do Velho Testamento, que Deus, enquanto criador da Terra, era senhor de toda a sua obra. Ao criar o homem, à Sua imagem e semelhança, Deus o teria tornado um ser superior, dotado de razão. Assim, Deus, enquanto senhor de toda a criação, transferiu ao homem o domínio sobre o Mundo.

Dessa forma, abaixo do domínio absoluto de Deus estava o domínio humano que abrangia o domínio sobre si mesmo – seu corpo, seus pensamentos e atos – sobre as obras humanas, sobre os bens materiais e sobre os animais inferiores. Isto é, a dominação sobre tudo que servisse para satisfação das necessidades do homem[113].

Lado outro, a concepção tomista também se fundamentou em bases aristotélicas[114] para subsidiar a identificação do direito de propriedade como um direito natural, o que fornecia três razões comprobatórias para a licitude da apropriação privada dos bens. O homem seria mais zeloso com bens que lhe pertencessem individualmente do que com aqueles que fossem coletivos. A gestão individual dos bens seria mais ordeira que a gestão coletiva; os conflitos interindividuais seriam menores se os bens fossem propriedade individual de cada homem.

---

[111] Em uma tradução livre: "uma propriedade que não é mais nada e uma afetação que é tudo, uma afetação que é protegida contra o próprio proprietário; uma afetação que é energicamente protegida como tal, sem que se possa encontrar traço nem de sujeito de direito, nem de um direito subjetivo". (*Ibid*., p. 174-175.)

[112] Os argumentos aqui expostos sintetizam algumas considerações desenvolvidas em outra ocasião. Para acesso a uma versão ampliada destas informações no tocante às bases da doutrina social católica – os fundamentos tomistas e as orientações das Encíclicas *Rerum novarum*, *Quadragesimo anno*, *Mater et magistra* e *Pacem in terris*: FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. *O direito...*

[113] Assim, estabelece-se uma ordem hierárquica natural, segundo a qual: o ser superior domina o inferior; e o ser dominado deve se submeter à vontade do dominante. (AQUINO. Tomás de. *Suma teológica*. Madrid: Ibarra, 1956. t. VIII. p. 473-474.)

[114] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 18.

No entanto, embora as coisas devessem se constituir como objetos da propriedade individual, deveriam ser fruídas de forma comum. Assim: "cada um as [partilhasse] com os necessitados", de forma a possibilitar a igualdade entre todos os filhos de Deus[115].

Esta concepção acresceu às tentativas de explicação da origem da propriedade privada, uma destinação aos bens, a qual provinha dos Evangelhos: a caridade que inspira a justiça e a misericórdia, que corrige o egoísmo dos proprietários[116] e se dirige à satisfação das necessidades dos não-proprietários. Aos proprietários atribuiu-se, portanto, o dever cristão de corrigir a miséria que afrontava a ordem natural, mediante a doação de esmolas. Esta representava a repartição dos bens que poderiam ser despiciendos para os ricos e, também, um ato de amor ou auxílio ao próximo e ao próprio Cristo[117]. Dessa forma, apesar de fundada na igualdade entre os filhos de Deus, pragmaticamente, esta concepção não propunha uma idêntica repartição de bens entre os homens, mas a entrega aos pobres de bens necessários à sua sobrevivência.

Assim, a caridade impunha ao proprietário o dever de praticar a ação meritória sob pena de sujeitar-se à condenação eterna[118]. A acumulação de riquezas em dissonância à

---

[115] AQUINO. Tomás de. *Op. cit.*, p. 495 e 485.

[116] "Porque o amor do dinheiro é a raiz de todos os males; e alguns, nessa cobiça, se desviaram da fé e a si mesmos se atormentaram com muitas dores". (BÍBLIA. PRIMEIRA EPÍSTOLA DE PAULO A TIMÓTEO, 6, 10. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.)

[117] *Ibid.*, p 33 e 478; ROTHE, Tancrède *apud* PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e sua função social. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 24, n. 93, p. 213-228, jan./mar. 1987. p. 218-220.

[118] O mandamento cristão impunha aos fiéis uma norma de conduta, um dever-ser – o auxílio ao próximo identificado como auxílio ao Cristo – cujo descumprimento gerava, como consequência – sanção – a não comunhão com a Divindade na vida eterna, como se depreende do Capítulo 25, versículos 31 a 46, do Evangelho de Mateus: "Quando vier o Filho do homem na sua majestade e todos os anjos com ele, então, se assentará no trono da sua glória; e todas as nações serão reunidas em sua presença, e ele separará uns dos outros, como o pastor separa dos cabritos as ovelhas; e porá as ovelhas à sua direita, mas os cabritos à esquerda; então, dirá o Rei aos que estiverem à sua direita: Vinde, benditos de meu Pai! Entrai na posse do reino que vos está preparado desde a fundação do mundo.
Porque tive fome, e me destes de comer; tive sede, e me destes de beber; era forasteiro, e me hospedastes; estava nu, e me vestistes; enfermo, e me visitastes; preso, e fostes ver-me.
Então perguntarão os justos: Senhor, quando foi que te vimos com fome e te demos de comer? Ou com sede e te demos de beber? E quando te vimos forasteiro e te hospedamos? Ou nu e te vestimos? E quando te vimos enfermo ou preso e te fomos visitar?
O Rei, respondendo, lhes dirá: Em verdade vos afirmo que, sempre que o fizestes a um destes meus pequeninos irmãos, a mim o fizestes.
Então, o Rei dirá também aos que estiverem à sua esquerda: Apartai-vos de mim, malditos, para o fogo eterno, preparado para o diabo e seus anjos.
Porque tive fome, e não me destes de comer; tive sede, e não me destes de beber; sendo forasteiro, não me hospedastes; estando nu, não me vestistes; achando-me enfermo e preso, não fostes ver-me.
E eles lhe perguntarão: Senhor, quando foi que te vimos com fome, com sede, forasteiro, nu, enfermo ou preso e não te assistimos?
Então, lhes responderá: Em verdade vos digo que, sempre que o deixastes de fazer a um destes mais pequeninos, a mim o deixastes de fazer.
E irão estes para o castigo eterno, porém os justos, para a vida eterna". (BÍBLIA. MATEUS, 25. 31-46. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.)

destinação cristã – que dava fundamento à propriedade privada – significava, que o proprietário se apropriou de bens que lhe foram entregues por Deus para serem repartidos com os seus outros filhos. Por esta razão, Santo Ambrósio, em seu Sermão 81, afirmou que não é "menos criminoso roubar que, se se pode, estando na abundância, recusar a esmola"[119].

Se a concepção católico-tomista operou como um meio de garantir a sobrevivência terrena dos pobres, ela também contribuiu para manter o sistema hierarquizado e estamental que caracterizou a Idade Média. Aqueles indivíduos deveriam se contentar com a caridade, enquanto eles aguardavam as abundantes recompensas da vida eterna.

Todavia, a capacidade de estabilização de conflitos desta concepção foi minada no decorrer do tempo. De um lado, o racionalismo iluminista reduziu a importância social da religião[120]. Lado outro, os efeitos decorrentes da instauração e desenvolvimento do modo de produção capitalista, no que concerne à exploração e à pauperização do proletariado, fizeram eclodir doutrinas e movimentos sociais que pleiteavam a mudança do sistema econômico e, consequentemente do regramento jurídico proprietário.

Assim, com o objetivo de afastar as doutrinas socialistas/comunistas[121], serenar os conflitos de classes e consolar/controlar os proletários, a Igreja Católica, a partir do Século XIX,

---

No mesmo sentido desta ilustração, tem-se duas histórias. A primeira é a do jovem rico que afirmava cumprir todos os mandamentos e questionava a Jesus o que mais deveria fazer para herdar a vida eterna, ao que lhe foi respondido: "Uma cousa ainda te falta; vende tudo o que tens, dá-o aos pobres e terás um tesouro nos céus; depois, vem e segue-me" (BÍBLIA. LUCAS, 18. 22. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.) A segunda é a conversão de Zaqueu, o publicano: "Entrementes, Zaqueu se levantou e disse ao Senhor: Senhor, resolvo dar aos pobres a metade dos meus bens; e, se nalguma cousa tenho defraudado alguém, restituo quatro vezes mais.
Então, Jesus lhe disse: Hoje, houve salvação nesta casa, pois também este é filho de Abraão.
Porque o Filho do homem veio buscar e salvar o perdido". (BÍBLIA. LUCAS, 19. 8-10. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.)

[119] SANTO AMBRÓSIO *apud* MACHADO PAUPÉRIO. *Op. cit.*, p. 219. No mesmo sentido eram as orientações de São Basílio, para quem: "Se tu reconheces que eles (os bens temporais) te vêm de Deus, comete Deus a injustiça entre nós: Por que tu na abundância e esse outro na mendicância, se isso não é para que tu adquiras os méritos da distribuição enquanto ele orna de louros a paciência? Cabe a ele o pão que tu aguardas, ao que está descalço o calçado que se deteriora em tua casa, ao indigente o dinheiro que tu possuis entesourado. Em tudo isso tu és tão injusto como pode ser benfeitor". (SÃO BASÍLIO *apud* MACHADO PAUPÉRIO. *Op. cit.*, p. 218.)

[120] PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 58 e 34.

[121] A doutrina social católica tem como os seus documentos principais: LEÃO XIII. *Rerum novarum*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_1505189_rerum-novarum.html>. Acesso em: 20 abr. 2016; PIO XI. *Quadragesimo anno*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 20 abr.2016; JOÃO XXIII. *Mater et magistra*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 20 abr. 2016; JOÃO PAULO II. *Laborem exercens*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paulii/pt/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_14091981_laborem-exercens.html>. Acesso em: 20 abr. 2016; JOÃO PAULO II. *Sollicitudo rei socialis*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 20 abr. 2016; JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimusannus.html>. Acesso em: 20 abr. 2016; BENTO XVI. *Deus caritas est*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt

iniciou um discurso sobre a questão social. Este discurso envolvia temas como a desigualdade social, o trabalho e a propriedade.

Posteriormente, este discurso corporificou a "Doutrina Social da Igreja". Conforme o Compêndio da doutrina social da Igreja, produzido pelo Conselho Pontifício "Justiça e Paz"[122], esta doutrina prega que "a sociedade deve ser reconciliada na justiça e no amor", o que exige a "tutela" e a "promoção" da dignidade humana, dos direitos dos indivíduos e da paz nas relações intersubjetivas e intergrupais[123].

O centro desta orientação doutrinária é a intangibilidade da dignidade da pessoa humana – atributo inato ao homem, pois conferido por Deus no momento da criação. Assim, a dignidade conferiria significado à existência humana e possibilitaria que a vida em sociedade se sustentasse nos valores sociais da "verdade", da "liberdade, da "justiça" e do "amor". Ela impediria a instrumentalização do homem, ao mesmo tempo em que ela somente poderia ser garantida pela sociedade, na qual se reconheceria a igualdade de todos e de cada um. Neste sentido, a dignidade humana seria o "fim último da sociedade". Este objetivo seria uma expressão da lei natural universal, passível de ser apreendida pelo homem por meio da razão e forneceria as bases para a construção dos "direitos" e dos "deveres fundamentais" do homem, os quais se adequariam, portanto, à esta natureza humana[124].

A dignidade é, assim, o ponto de convergência dos sobreditos valores sociais, dos quais fluem os princípios que possibilitam que estes valores e que a dignidade se realizem[125].

/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est.html>. Acesso em: 20 abr. 2016; BENTO XVI. *Spe salvi*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20071130_spe-salvi.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

[122] O Conselho Pontifício "Justiça e Paz" foi encarregado pelo Papa João Paulo II, para reunir e sistematizar os diversos documentos católicos que corporificavam a "Doutrina Social da Igreja Católica". Em 2004, portanto, foi editado o *Compêndio da doutrina social da igreja*, o qual forneceu as principais bases aqui adotadas para a descrição desta orientação. Desta forma, as citações que se seguem foram retiradas deste documento, sendo as demais considerações – que não constem dele – indicadas textualmente nas notas. Para uma análise do inteiro teor do citado compêndio: IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Compêndio da doutrina social da igreja*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-oc_po.html#SECRETARIA DE ESTADO>. Acesso em: 29 abr. 2016.

[123] Para o Conselho Pontifício "Justiça e Paz", esta doutrina seria, na verdade, "uma atualização, um aprofundamento e uma expansão do núcleo originário de princípios" constantes da Encíclica *Rerum novarum*. Por esta razão, a Igreja Católica não reconhece que os posteriores documentos insertos naquela doutrina a modifiquem – as novas produções são consideradas especificações e atualização e, nunca, uma mudança de orientação. (*Ibid*.)

[124] Neste sentido, as leis seriam justas se em consonância à dignidade humana que se faria conhecer pela reta razão. Isto é, quando se mostrasse como uma derivação "da lei eterna". Estas leis deveriam reconhecer que os direitos do homem – enquanto expressões da dignidade humana – devem ser tutelados "singularmente" e "no seu conjunto", pois, "uma proteção parcial traduzir-se-ia em uma espécie de não reconhecimento". (*Ibid*.)

[125] Os valores seriam "inerentes à dignidade" e expressariam o "apreço que se deve atribuir àqueles determinados aspectos do bem moral", ao passo que os princípios se apresentariam dotados de maior concretude, porquanto voltados à realização destes mesmos valores. Os "valores requerem, portanto, quer a prática dos princípios

Estes princípios morais seriam o "bem comum", a "subsidiariedade" e a "solidariedade". Eles formariam o conteúdo da doutrina social e possuiriam caráter "geral", "universal" e "fundamental". Eles refletiriam na política, na economia, no direito e nas relações intersubjetivas, intergrupais e internacionais. A cada um deles se relacionariam subprincípios e um conjunto de consequências ou condutas particularizadas; os significados destes princípios somente seriam apreendidos se eles fossem considerados em sua "unidade, conexão e articulação" [126].

O "princípio do bem comum" é compreendido como a resultante da dignidade humana, da unidade e da igualdade entre os homens. O seu significado não poderia ser extraído do liberalismo individualista lockeano ou do utilitarismo.

O "bem comum" é transcendente ao bem-estar econômico, pois, dirigir-se-ia ao fim último do homem que seria a sua harmonização com a divindade. O bem comum é, também, indivisível e pertencente a todos e a cada um dos indivíduos; relacionado às condições sociais presentes em cada lugar e período para que os indivíduos e os grupos alcancem a sua própria "perfeição". A "dimensão social e comunitária do bem moral" que constitui e fornece as razões à existência do Estado e dos diversos grupamentos sociais. Logo, o "bem comum" se relaciona ao "respeito" e à "promoção integral da pessoa e dos seus direitos fundamentais", o que impõe uma obrigação/responsabilidade geral – aos indivíduos, ao Estado e à sociedade – para a sua realização[127].

---

fundamentais da vida social, quer o exercício pessoal das virtudes, e, portanto, das atitudes morais correspondentes aos valores mesmos".

Estes valores seriam a "verdade", a "liberdade", a "justiça" e o "amor". A "verdade" compreendida como uma obrigação humana, reconduzida à lei natural e, portanto, não passível de relativização ou mácula. A "liberdade" decorreria do momento da criação, e o seu sentido abarcaria a autonomia individual e a responsabilidade com a verdade e a justiça – portanto, nos relacionamentos intersubjetivos, em que cada um realizaria a sua própria vocação. Isto é, ela significaria a "capacidade de dispor de si em vista do autêntico bem, no horizonte do bem comum universal".

A "justiça" se referiria à máxima dar a cada um – "Deus e o próximo" – aquilo que lhe é "devido", o que se relaciona ao reconhecimento do "outro como pessoa" – justiça subjetiva –, à "moralidade no âmbito intersubjetivo e social" – justiça objetiva – e à questão social – justiça social. O "amor" compreendido dentro da máxima "amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a ti mesmo", o que conferiria um mecanismo de ampliação da fraternidade, de geração da paz e de ampliação da justiça. (*Ibid*.)

[126] *Ibid*.

[127] "Essas exigências referem-se, antes de mais, ao empenho pela paz, à organização dos poderes do Estado, a uma sólida ordem jurídica, à salvaguarda do ambiente, à prestação dos serviços essenciais às pessoas, alguns dos quais são, ao mesmo tempo, direitos do homem: alimentação, morada, trabalho, educação e acesso à cultura, saúde, transportes, livre circulação das informações e tutela da liberdade religiosa. Não se há de olvidar o aporte que cada nação tem o dever de dar para uma verdadeira cooperação internacional, em vista do bem comum da humanidade inteira, inclusive para as gerações futuras". Nesse sentido, o Estado seria responsável por: auxiliar os indivíduos a adquirirem os bens "materiais, culturais, morais e espirituais" necessários à dignidade humana; conciliar os indivíduos e os diversos setores sociais, mediante expedientes democráticos que, embora assegurassem a primazia da decisão da maioria, deveriam proteger aqueles indivíduos pertencentes ao grupo minoritário. (*Ibid*.)

Do citado princípio decorre a construção teórica católica sobre a propriedade, o que envolve: a "destinação universal dos bens" e a "função social". Esta última expressão surgiu pela primeira vez na Encíclica *Quadragesimo Anno*[128], quando se afirmou que o direito natural de propriedade se distingue do uso do bem material objeto deste direito, cuja consequência era reconhecer que limitações excessivas ao direito de propriedade se equiparavam à abolição deste direito, o que contrariava a lei natural. Assim, o "não uso" do bem, ou o "abuso" no exercício das prerrogativas proprietárias, não gerariam a perda do direito de propriedade privada para o seu titular, visto que isto se aproximaria das propostas socialistas/comunistas.

No entanto, o citado documento reconheceu que a lei natural, ao não especificar o conteúdo pormenorizado do direito de propriedade, reenviou esta definição ao direito positivo dos Estados. Estes deveriam se atentar aos limites naturais para construir o regramento jurídico proprietário nacional a ser pautado na harmonização entre o direito de propriedade e o bem comum. Eles deveriam reconhecer que o direito de propriedade não seria imutável e que todos deveriam ter acesso aos bens segundo a natureza dos mesmos e à sua função social.

Esta função social somente foi especificada pelo Papa João XXIII, que a considerou como originária do direito natural. Ela é inerente à "natureza" do direito de propriedade, o qual "se exerce em proveito próprio e para bem dos outros", segundo a caridade cristã[129].

A "destinação universal dos bens", por sua vez, foi inserida na doutrina social católica pelo Concílio Vaticano II. Conforme a síntese apresentada pelo Papa Paulo VI, na Encíclica *Populorum Progressio*, este subprincípio do "bem comum" tem sua origem no reconhecimento de que a terra foi destinada por Deus à subsistência e ao progresso de todos os homens. O acesso de todos aos bens necessários à vida digna seria, portanto, consoante à lei natural e esta exige que a justiça e a caridade orientem o exercício do direito de propriedade privada. Este direito não seria absoluto e incondicionado, mas um instrumento para a realização daquele fim[130].

Embora posterior à "função social", a "destinação universal dos bens" não a substituiria ou excluiria. Conforme o Papa João Paulo II, ambas encontram sua harmonização

---

[128] PIO XI. *Op. cit.*

[129] JOÃO XXIII. *Mater et magistra*...; JOÃO XXIII. *Pacem in terris*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content /john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em 20 abr. 2016. Neste ponto recorde-se a concepção lockeana do direito natural, segundo a qual, o "estado de natureza" seria caracterizado pela igualdade, da qual decorreriam as "máximas de justiça e caridade". (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Marseley de Matos Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 29-31.)

[130] IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONCÍLIO VATICANO II. *Constituição pastoral gaudium et spes*: sobre a igreja no mundo atual. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican _council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 29 abr. 2016; PAULO VI. *Populorum Progressio*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf _p-vi _enc_26031967_populorum.html>. Acesso em 20 abr. 2016.

e coerência no princípio do "bem comum". A "destinação universal dos bens" seria um subprincípio ou derivação do "bem comum" no tocante ao direito de propriedade, enquanto a "função social" seria uma qualidade intrínseca à propriedade, "fundada e justificada" na "destinação universal dos bens"[131].

Neste sentido, a propriedade privada se subordinaria "ao destino universal dos bens" e, por decorrência, "ao direito universal ao seu uso"[132]. Em consonância aos pressupostos tomistas[133], exigir-se-ia que cada proprietário, ao usar os bens que "legitimamente possui", empregasse-os como "bens comuns" para benefício "não apenas a si, mas também aos outros"[134]. Estas caracterizações do sentido de destinação universal e uso comum denotam que a doutrina social católica não defende a coletivização dos bens – o que, aliás, é considerado "promíscuo"[135]. Logo, esta doutrina exige uma reconfiguração do sistema econômico para que ele se inspire "em valores morais", na realização da equidade e da solidariedade, na promoção do bem-estar individual e gregário e na busca por mecanismos que corrijam a exclusão e a exploração sociais.

Logo, a doutrina social católica reconheceu a propriedade privada como um direito que se adquire por meio do trabalho individual[136], um prolongamento da liberdade individual, cujo exercício das prerrogativas que lhe são inerentes estimula a responsabilidade do proprietário consigo e com os demais membros da coletividade. Ademais, a propriedade é vista como um elemento fundamental à democratização da "ordem social" e da "política econômica". Ela é um direito "equitativamente acessível a todos, de modo que todos sejam, ao menos em

---

131 JOÃO PAULO II. *Sollicitudo rei socialis...*

132 FRANCISCO. *Laudato si'*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em 20 abr. 2016.

133 JOÃO PAULO II. *Laborem exercens...*

134 IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONCÍLIO VATICANO II. *Op. cit.* Neste sentido, reafirmou-se, na Encíclica *Centesimus annus*, que a propriedade privada possui uma função social que lhe é inerente e que decorre da destinação universal dos bens. (JOÃO PAULO II. *Centesimus annus...*)

135 Este seria o caso da "propriedade comunitária" que está na base da "estrutura social de numerosos povos indígenas". Apesar de reconhecer a importância desta forma de gestão coletiva do solo, a doutrina social católica afirma que impedir a sua evolução é uma conduta inadequada que compromete este bem, pois o prende ao passado. (IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Op. cit.*. Em sentido aproximado: HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 434.)

136 Neste sentido, a doutrina social católica adotou parte dos argumentos fornecidos pela "Teoria do Trabalho", não por reconhecer que o labor humano retira as coisas do estado de comunhão, mas por encontrar no elemento psicológico do trabalhador o intuito de adquirir a propriedade de bens. Neste sentido, conforme se nota na Encíclica *Rerum novarum*: "como é fácil compreender, a razão intrínseca do trabalho empreendido por quem exerce uma arte lucrativa, o fim imediato visado pelo trabalhador, é conquistar um bem que possuirá como próprio e como pertencendo-lhe". (LEÃO XIII. *Op. cit.* Em sentido aproximado, na Encíclica *Quadragesimo anno*, afirmou-se que aquele que se apodera de algo abandonado ou sem dono e nele desenvolve a sua indústria insere na coisa, por meio do seu trabalho, um pouco de sua própria personalidade. De um lado, demonstra o objetivo deste homem em tornar-se proprietário do bem especificado e, lado outro, torna este ato um título legitimo para a aquisição da propriedade. Para mais informações: PIO XI. *Op. cit.*)

certa medida, proprietários". Ao mesmo tempo, a propriedade é concebida como um "instrumento para o respeito do princípio da destinação universal", pois a função social dos bens os vincula ao "crescimento dos homens e dos povos" – isto é, ao bem comum.

Dessa forma, este condicionamento à função social imporia ao proprietário dois deveres. Ele tem o dever moral de impedir a ociosidade dos seus bens e, ao mesmo tempo, deve empregá-los para satisfazer as "necessidades primárias" de si mesmo, de sua família e dos demais membros da coletividade[137].

O "princípio da subsidiariedade", por sua vez, relacionava-se à liberdade e à sociabilidade. Isto é, às diversas organizações sociais criadas, espontaneamente, pelos indivíduos para realizar atividades que lhes interessassem. Nesse sentido, este princípio buscaria equilibrar as esferas "pública e a privada" para reconhecer a "função social" inerente à segunda, mediante a responsabilização dos indivíduos como partes da "realidade política e social" que os circunda. Este princípio buscaria, também, corrigir os equívocos provenientes da "centralização", da "burocratização", do "assistencialismo" e da "presença injustificada e excessiva do Estado e do aparato público"[138].

---

[137] Ao considerar a função social um dever moral, a doutrina social católica preservou a orientação de Pio XI, pois o "não uso" ou "abuso" do direito de propriedade não provocariam a sua perda. (IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Op. cit.*)

[138] O sentido da subsidiariedade pode ser extraído das afirmações do Papa Bento XVI, na Encíclica *Deus caritas est*: "Não precisamos de um Estado que regule e domine tudo, mas de um Estado que generosamente reconheça e apoie, segundo o princípio de subsidiariedade, as iniciativas que nascem das diversas forças sociais e conjugam espontaneidade e proximidade aos homens carecidos de ajuda. A Igreja é uma destas forças vivas: nela pulsa a dinâmica do amor suscitado pelo Espírito de Cristo". (BENTO XVI. *Deus caritas est*...)

Assim, verifica-se a aproximação da doutrina social católica aos pressupostos neoliberais constantes, por exemplo, na descrição hayekeana, o que pode ser verificado pelos argumentos expostos pelo Papa João Paulo II, na Encíclica *Centesimus annus*: "Estas considerações gerais refletem-se também no *papel do Estado no sector da economia*. A atividade económica, em particular a da economia de mercado, não se pode realizar num vazio institucional, jurídico e político. Pelo contrário, supõe segurança no referente às garantias da liberdade individual e da propriedade, além de uma moeda estável e serviços públicos eficientes. A principal tarefa do Estado é, portanto, a de garantir esta segurança, de modo que quem trabalha e produz possa gozar dos frutos do próprio trabalho e, consequentemente, se sinta estimulado a cumpri-lo com eficiência e honestidade. A falta de segurança, acompanhada pela corrupção dos poderes públicos e pela difusão de fontes impróprias de enriquecimento e de lucros fáceis fundados em atividades ilegais ou puramente especulativas, é um dos obstáculos principais ao desenvolvimento e à ordem económica.

Outra tarefa do Estado é a de vigiar e orientar o exercício dos direitos humanos, no sector económico; neste campo, porém, a primeira responsabilidade não é do Estado, mas dos indivíduos e dos diversos grupos e associações em que se articula a sociedade. O Estado não poderia assegurar diretamente o direito de todos os cidadãos ao trabalho, sem uma excessiva estruturação da vida económica e restrição da livre iniciativa dos indivíduos. Contudo isto não significa que ele não tenha qualquer competência neste âmbito, como afirmaram aqueles que defendiam uma ausência completa de regras na esfera económica. Pelo contrário, o Estado tem o dever de secundar a atividade das empresas, criando as condições que garantam ocasiões de trabalho, estimulando-a onde for insuficiente e apoiando-a nos momentos de crise.

O Estado tem também o direito de intervir quando situações particulares de monopólio criem atrasos ou obstáculos ao desenvolvimento. Mas, além destas tarefas de harmonização e condução do progresso, pode desempenhar *funções de suplência* em situações excepcionais, quando sectores sociais ou sistemas de empresas, demasiado débeis ou em vias de formação, se mostram inadequados à sua missão. Estas intervenções de suplência, justificadas por urgentes razões que se prendem com o bem comum, devem ser, quanto possível,

Este princípio apresenta, portanto, duas feições. Na primeira, a atuação dos indivíduos e das organizações da sociedade civil prevalece sobre a atuação estatal. Esta deve se restringir ao apoio/fomento às primeiras e, subsidiariamente, o Estado deveria atuar, quando aqueles sujeitos não pudessem ou não quisessem fazê-lo – restringindo-se esta atuação ao período em que estas situações perdurem.

Na segunda feição, a atuação estatal se norteia pela descentralização. Privilegia-se a atuação dos Entes Públicos locais face aos regionais e nacionais – quando aqueles reúnem as condições adequadas para realizar aquelas funções. Privilegia-se a atuação dos Entes regionais face aos nacionais, seguindo-se a mesma condicionante acima citada. Enfim, os Entes que deveriam atuar no primeiro e no segundo caso seriam auxiliados pelos demais, mediante atividades de fomento, auxílio financeiro e técnico etc.

Esta descrição permite perceber que o princípio da subsidiariedade influencia as decisões referentes à distribuição dos bens e contribui à realização de sua destinação universal. Segundo a Encíclica *Centesimus Annus*, os mecanismos de mercado são, em regra, os mais

---

limitadas no tempo, para não retirar permanentemente aos mencionados sectores e sistemas de empresas as competências que lhes são próprias e para não ampliar excessivamente o âmbito da intervenção estatal, tornando-se prejudicial tanto à liberdade económica como à civil.

Assistiu-se, nos últimos anos, a um vasto alargamento dessa esfera de intervenção, o que levou a constituir, de algum modo, um novo tipo de Estado, o 'Estado do bem-estar'. Esta alteração deu-se em alguns Países, para responder de modo mais adequado a muitas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como «Estado assistencial». As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, se deve respeitar *o princípio de subsidiariedade:* uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum.

Ao intervir diretamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do sector estatal, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir os usuários com um acréscimo enorme das despesas. De facto, parece conhecer melhor a necessidade e ser mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais vizinho e vai ao encontro do necessitado. Acrescente-se que, frequentemente, um certo tipo de necessidades requer uma resposta que não seja apenas material, mas que saiba compreender nelas a exigência humana mais profunda. Pense-se na condição dos refugiados, emigrantes, anciãos ou doentes e em todas as diversas formas que exigem assistência, como no caso dos toxicómanos: todas estas são pessoas que podem ser ajudadas eficazmente apenas por quem lhes ofereça, além dos cuidados necessários, um apoio sinceramente fraterno". (Itálico no original.) (JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*...)

Dessa forma, conforme a síntese do Papa Bento XVI, na *Caritas in Veritate*, de 29 de junho de 2009, a partir da *Centesimus annus*, a doutrina social da Igreja passou a defender um sistema social fundado em três sujeitos, "o mercado, o Estado e a sociedade civil" – o que corrobora a sobredita afirmação acerca da aproximação/adoção dos pressupostos neoliberais pela doutrina social católica. (BENTO XVI. *Caritas in veritate*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-ver itate.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.) No entanto, estes aspectos – a terminologia adotada na composição do sistema social, a função de cada um destes sujeitos e a defesa do princípio da subsidiariedade pela Igreja Católica – podem ser interpretados, também, como uma tentativa de recuperação de sua influência e poder, já que esta instituição se inseriria no rol das organizações da sociedade civil a quem se deveria dotar de primazia.

indicados para determinar: a melhor forma de empregar os recursos; o "intercâmbio de produtos"; selecionar preferências, o que privilegiaria as escolhas e a responsabilidade individuais[139] e, em última análise a liberdade ínsita à dignidade humana[140].

Entretanto, existem bens que não se adequam à lógica de mercado. Eles conferem ao proprietário um poder que ameaça toda a coletividade[141], como seria o caso do "ambiente natural", do "ambiente humano" e de algumas exigências humanas fundamentais. Estes bens não se ajustariam ao mecanismo de mercado por sua própria natureza – já que não devem ser vendidos ou comprados[142].

Dessa forma, nos termos das Encíclicas *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magistra*[143], os bens que não se ajustam à lógica do mercado deveriam, *a priori*, constituir-se em propriedades dos Entes Públicos. Estes os empregariam de forma a atender o "bem comum" – destinando-os ao uso universal conforme a natureza de cada um destes bens. Contudo, se esta destinação pudesse ser garantida por meio da propriedade privada e da função social que lhe é inerente, dever-se-ia preferir esta forma de regramento da situação, porque condizente com a dignidade do homem. Neste sentido, a função social seria um mecanismo que também contribuiria para a realização do princípio da subsidiariedade e demonstraria a compatibilidade entre a propriedade pública e a propriedade privada[144].

Em síntese, portanto, o "princípio da subsidiariedade" é um mecanismo de contenção e reorientação das ações dos Entes Públicos. Em sentido negativo, devem abster-se de atuar em diversos setores. Em sentido positivo, devem atuar, principalmente, por meio de auxílios econômicos, institucionais, técnicos – observando-se, em ambos os sentidos as especificidades decorrentes da segunda feição acima mencionada. Enfim, no que concerne à sua aplicação, os Entes Públicos devem primar pela promoção da dignidade humana.

Ademais, como uma decorrência desta síntese, a subsidiariedade imporia o aumento da participação dos indivíduos – sozinhos ou de forma associada – na "vida cultural, econômica, política e social da comunidade civil" e, também, no controle sobre as atividades estatais. Por exemplo, aquelas relacionadas à gestão dos bens sobre os quais incide o direito de propriedade estatal[145].

---

[139] Dessa forma, os mecanismos de mercado privilegiariam as escolhas e a responsabilidade individual, esta compreensão é, assim, a mesma difundida por Hayek e, em uma certa medida, por Amartya Sen.
[140] JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*...
[141] PIO XI. *Op. cit.*
[142] JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*...
[143] PIO XI. *Quadragesimo anno*...; JOÃO XXIII. *Mater et magistra*...
[144] IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONCÍLIO VATICANO II. *Op. cit.*
[145] JOÃO XXIII. *Mater et magistra*...

O "princípio da subsidiariedade" imporia, igualmente, o dever de realização do "bem comum", sujeito, porém, aos "contextos históricos e sociais" nos quais a participação "pode verdadeiramente" ocorrer. Estes contextos indicariam, portanto, o dever de se extirparem obstáculos à participação democrática, "sobretudo dos menos favorecidos"[146].

O "princípio da solidariedade", enfim, refere-se à "sociabilidade" e à "igualdade de todos em dignidade e direitos" e deve ser compreendido em seu duplo sentido: como "princípio social ordenador das instituições"; e como uma "virtude moral", que dirige a ação humana e reconhece a responsabilidade de cada homem com a dignidade do outro e da sociedade como um todo. Dessa forma, a solidariedade seria o elo entre os demais princípios e valores da doutrina social católica. Ela inseriria a "via da caridade" como a única capaz de gerar a responsabilização individual pelos destinos da coletividade.

A caridade, neste contexto, seria a "via mestra da doutrina social"[147]. Ela é o "critério supremo e universal de toda a ética social"[148], que orientaria a reestruturação social para abrandar a miséria, pois, a extinção de todos os sofrimentos dependeria da divindade[149], o que, em certa medida, recuperaria a orientação medieval da resignação[150].

Neste cenário a solidariedade se uniria ao bem comum e à "destinação universal dos bens" como meios de corrigir as "desigualdades sociais". Eles imporiam aos indivíduos, à sociedade civil e ao Estado uma "opção preferencial pelos pobres".

---

[146] Esta descrição do princípio da subsidiariedade corrobora, portanto, a afirmação sobre a aproximação da doutrina social católica aos pressupostos neoliberais. (IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Op. cit.*)

[147] Esta centralidade da caridade, levou o Papa Bento XVI, na Encíclica *Caritas in Veritate*, a afirmar que: a doutrina social católica "é '*caritas in veritate in re sociali'*, ou seja, proclamação da verdade do amor de Cristo na sociedade". (BENTO XVI. *Caritas in veritate*...)

[148] "*Os valores da verdade, da justiça, do amor e da liberdade nascem e se desenvolvem do manancial interior da caridade*: a convivência humana é ordenada, fecunda de bens e condizente com a dignidade do homem, quando se funda na verdade; realiza-se segundo a justiça, ou seja, no respeito efetivo pelos direitos e no leal cumprimento dos respectivos deveres; é realizada na liberdade que condiz com a dignidade dos homens, levados pela sua mesma natureza racional a assumir a responsabilidade pelo próprio agir; é vivificada pelo amor, que faz sentir como próprias as carências e as exigências alheias e torna sempre mais intensas a comunhão dos valores espirituais e a solicitude pelas necessidades materiais". (Itálico no original.) (IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Op. cit.*)

[149] BENTO XVI. *Spe salvi*...

[150] Conforme o Papa Leão XIII: "O primeiro princípio a pôr em evidência é que o homem deve aceitar com paciência a sua condição: é impossível que na sociedade civil todos sejam elevados ao mesmo nível. É, sem dúvida, isto o que desejam os Socialistas; mas contra a natureza todos os esforços são vãos. Foi ela, realmente, que estabeleceu entre os homens diferenças tão multíplices como profundas; diferenças de inteligência, de talento, de habilidade, de saúde, de força; diferenças necessárias, de onde nasce espontaneamente a desigualdade das condições. Esta desigualdade, por outro lado, reverte em proveito de todos, tanto da sociedade como dos indivíduos; porque a vida social requer um organismo muito variado e funções muito diversas, e o que leva precisamente os homens a partilharem estas funções é, principalmente, a diferença das suas respectivas condições". (LEÃO XIII. *Op. cit.*)

Assim, a "caridade cristã"[151] seria o objetivo norteador para qualquer atividade relacionada aos bens privados e ao próprio Estado[152]. Ela seria um atributo inerente à natureza humana, uma vez que a humanidade seria, no tocante à caridade, uma família[153]. Ela seria, também, uma expressão do amor cristão ao próximo, pois, nenhum indivíduo poderia viver numa situação de carestia que lhe impedisse de ter acesso "aos bens necessários para uma vida condigna"[154]. Ela é um acréscimo à ideia de justiça, pois, a caridade se relacionaria a dar ao outro o que é "meu" por direito – isto é, exercer as prerrogativas proprietárias, que caracterizam o direito de propriedade, em benefício dos não-proprietários[155].

[151] Embora reconheça que a caridade possua dimensões sociais e políticas, neste ponto, a "doutrina social da Igreja" retoma o tema da prática das esmolas, porém, inserindo-a como uma expressão da fraternidade e da justiça. As esmolas são vistas como mecanismos de devolução aos pobres de bens que lhe pertenceriam, dentro da lógica defendida por São Basílio e Santo Ambrósio, durante a Idade Média. (IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Op. cit.*). O Papa Bento XVI afirmou, na Encíclica *Deus caritas est*, que se deve reconhecer que muitas vezes a caridade é "uma forma de subtraírem-se à instauração da justiça e tranquilizarem a consciência, mantendo as suas posições e defraudando os pobres nos seus direitos". Entretanto, segundo ele, esta prática ou o assistencialismo não se adequam à caridade cristã, pois esta é um atributo inerente à natureza do catolicismo – por se relacionar ao amor a Deus e ao próximo. (BENTO XVI. *Deus caritas est*... No mesmo sentido: BENTO XVI. *Caritas in veritate*...)

[152] As práticas de fomento estatal à iniciativa privada, à sociedade civil e aos Entes Públicos locais ou regionais – conforme o caso – que decorrem do princípio da subsidiariedade seriam, neste contexto, uma decorrência da caridade. (*Ibid*.)

[153] *Ibid*.

[154] BENTO XVI. *Deus caritas est*... Em sentido aproximado o Papa Francisco afirmou na Encíclica *Laudato Si'*, editada em 24 de maio de 2014: "O amor à sociedade e o compromisso pelo bem comum são uma forma eminente de caridade, que toca não só as relações entre os indivíduos, mas também 'as macrorrelações como relacionamentos sociais, económicos, políticos'". (FRANCISCO. *Op. cit.*)

[155] BENTO XVI. *Caritas in veritate*...

2 A densificação do interesse público urbanístico no Brasil

Neste Capítulo objetiva-se analisar a teoria jurídica do interesse público e, a partir da Constituição brasileira vigente, apresentar uma releitura desta construção teórica. Conforme se mencionou no introito desta Parte I, a ideia de interesse público é uma das principais bases axiológicas sobre as quais se constroem os ordenamentos jurídicos, o que impacta, diretamente, na Ciência do Direito. O interesse público justifica as atividades de produção e aplicação dos textos jurídico-normativos, independentemente do ramo do direito de que se trate. Esta ideia ocupa papel central na dogmática dos ramos identificados como pertencentes ao Direito Público, pois é um dos meios de realizar este fim.

Assim, inicialmente, descreveu-se a forma como a teoria do interesse público foi analisada tanto por alguns dos principais manuais de Direito Administrativo brasileiros quanto por seus críticos. Estas concepções foram confrontadas com a Constituição de 1988, o que possibilitou realizar-se uma releitura desta construção teórica. Nesta releitura, o interesse público foi tomado em dois momentos distintos: na elaboração do texto jurídico normativo e na aplicação deste mesmo texto a um dado caso concreto, o que impacta na compreensão do Direito Público e de seus ramos[1].

Em seguida, analisou-se o sistema jurídico brasileiro – especialmente os textos jurídico-normativos – de Direito Urbanístico, para definir o interesse público urbanístico: o direito à cidade. Afinal, este é o elemento nuclear em torno do qual se estruturam todas as ações públicas sobre a Política Urbana.

O último segmento se dedica a explicar a relação entre os três principais temas abordados anteriormente. Assim, intenta-se demonstrar que, no sistema brasileiro, a função social é a densificação do direito à cidade no que concerne ao regime fundiário urbano. Isto significa que: a função social é uma derivação do interesse público e, em última medida, da dignidade humana. Dessa forma, procura-se explicar como o ordenamento jurídico brasileiro compendiou as bases das teorias da função social e da multiplicidade de regimes jurídicos proprietários. Além disso, busca-se definir qual é o conteúdo jurídico da função social e a forma como ela define o regime jurídico da propriedade urbana privada.

[1] Esta releitura, ao inserir a complexidade social contemporânea, na teoria jurídica do interesse público, incorporou parte dos elementos das correntes doutrinárias tradicionais e dos seus críticos. Ela incorporou, também, as contribuições provenientes das investigações o quanto ao delineamento da esfera pública brasileira e o processo de tradução das bases axiológicas referentes ao interesse público para o código discursivo do sistema jurídico.

2.1 A teoria do interesse público no Direito brasileiro[2]

Para alguns autores, como Carnelutti[3], a circunstância elementar do fenômeno jurídico é o conflito de interesses: a disputa por dado bem da vida apto a aplacar uma necessidade ou desejo humano[4]. Esta disputa apresentaria potencial de resolução violenta, conforme a leitura hobbesiana, o que levou o Estado a avocar a solução do dilema. Assim, o Estado, mediante normas de conduta, comporia, pacificamente, este conflito, pois elas determinariam a qual dos sujeitos dever-se-ia entregar o bem e em que medida se satisfariam as necessidades. Logo, as relações jurídicas seriam mecanismos de composição de interesses pelo direito, por meio do estabelecimento de vínculos entre os sujeitos envolvidos, em que se oporiam direitos – interesses protegidos – e obrigações – interesses subordinados.

Dessa construção extrai-se, com certa obviedade, a imprescindibilidade para o fenômeno jurídico do fenômeno social. Afinal, as relações jurídicas são "relações sociais reconhecidas pelo legislador como dignas de tutela, capazes de satisfazer interesses legítimos"[5].

Entretanto, esta afirmação gera outras consequências mais obscuras. Por exemplo, a aparente oposição entre os interesses particulares e o interesse público, bem como a relação estabelecida entre os primeiros na conformação do segundo. O aclaramento destas

---

[2] Não obstante, no Brasil, diversos autores abordem a teoria do interesse público, neste momento, as discussões se centrarão em duas coletâneas de textos doutrinários que reúnem algumas das principais orientações e debates sobre este tema. De um lado, propondo a releitura desta teoria, com ênfase na desconstrução do princípio da supremacia do interesse público: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. De outro lado, em resposta à primeira orientação: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010.

[3] "Pois bem, o emprego da violência para a solução dos conflitos torna difícil, se não impossível, a permanência dos homens em sociedade e, com isso, o desenvolvimento dos interesses que por sua natureza coletiva [...] requerem essa permanência. E assim, como em seu próprio interesse, os homens se sentem impulsionados a encontrar um meio que elimine a solução violenta dos conflitos de interesses, enquanto tal solução entrar em conflito com a paz social, que é o interesse coletivo supremo. Na realidade, posto que unicamente por meio da vida em sociedade os homens podem satisfazer grande parte das suas necessidades, e posto que a guerra entre eles desagrega a sociedade, a composição (solução pacífica) dos conflitos se converte em interesse coletivo (público), ao qual poderíamos dar, para distingui-lo dos interesses em conflito (internos), o nome de interesse externo. Nele radica a causa do Direito". (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v.1. p. 63, 75-76). A exposição de Carnelutti retoma, portanto, debates que já se encontravam na Antiguidade e nos contratualistas dos séculos XVI e XVII – como Hobbes, por exemplo – que viam na formação do Estado um mecanismo de manutenção social.

[4] LIRA, Ricardo Pereira. *Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Riex, 1991. p. 15-16.

[5] Para Paulo Dourado de Gusmão, relação jurídica é o "vínculo que une duas ou mais pessoas, decorrente de um fato ou de um ato previsto pela norma jurídica, que produz efeitos jurídicos, ou mais singelamente, vínculo jurídico entre pessoas, em que uma delas pode exigir de outra determinada obrigação". (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 22. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 243 e 244).

consequências ocupa papel central no regime jurídico publicístico, especialmente, no regime jurídico administrativo e nos institutos a ele pertencentes.

2.1.1 Apontamentos sobre a teoria do interesse público

Embora o interesse público seja uma construção teórica – ainda que de cunho conceitual pragmático[6] – ela indica o escopo estatal, a partir do qual se definem os princípios que ocuparam a base do sistema jurídico aplicado ao Estado no exercício de suas funções. Isto se percebe, na doutrina brasileira, pela dissensão doutrinária entre Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para a primeira autora, o regime jurídico de Direito Público em geral, e do Direito Administrativo, em particular, ocupa-se, inicialmente, de duas preocupações distintas: a proteção dos interesses individuais e a satisfação dos interesses coletivos. De um lado, o Direito Administrativo nasce, no início do paradigma do Estado de Direito, como um conjunto de normas voltadas à contenção do poder estatal, mediante a criação de limites legais à sua atuação. Lado outro, a satisfação dos interesses coletivos exigiria que se garantisse à função administrativa meios para atender aquele desiderato.

Dessa forma, a autora sintetiza o regime jurídico administrativo em: prerrogativas – poderes conferidos ao Estado, não encontrados nas relações particulares, os quais derivam do interesse público – e sujeições – derivadas do princípio da legalidade, cujo escopo é a contenção das sobreditas prerrogativas[7]. Nessa feita, os dois princípios basilares do Direito Administrativo, seriam: a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, base para as prerrogativas estatais; e a Legalidade, identificada às sujeições[8].

Se dessa construção o interesse público compõe o binômio caracterizador do regime jurídico administrativo, para Celso Antônio Bandeira de Mello, ele originará o binômio "supremacia do interesse público sobre o privado" e "indisponibilidade, pela Administração,

---

[6] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 67.

[7] Estas limitações encontrariam um de seus fundamentos nas limitações que Locke estabelece ao poder civil. Para uma síntese desta construção: BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 224-226.

[8] Obviamente, está-se diante de simplificações, pois, é inegável que o interesse público, nessa construção, também se afigura como norteador das sujeições administrativas, conforme se pode verificar nos princípios da razoabilidade/proporcionalidade. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61- 63.)

dos interesses públicos". Assim, segundo o autor, a consagração destes princípios delineia tal ramo da Ciência Jurídica como "uma disciplina normativa peculiar".

Nessa construção, a atuação do Estado se balizaria pelos referidos princípios, os quais lançariam luzes à aparente oposição acima mencionada. O interesse público não seria concebido como o somatório dos interesses individuais ou como algo que se lhes objete, afinal, seria um "contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um. Isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um"[9].

Não obstante a cizânia doutrinária, as duas orientações revelam a importância do "interesse público" no âmbito jurídico-normativo – e na Ciência do Direito, por consequência –, bem como a inspiração rousseaunianas desta construção teórica. Reconhecer esta inspiração é retomar o próprio nascimento do Direito Público, como produto das Revoluções Burguesas[10] do século XVIII – e do constitucionalismo que delas nasceu. A consequência destes elementos foi o ingresso da atuação estatal – antes objeto de análise restrito à Teoria ou Filosofia Política – no campo do Direito[11].

Esta inserção foi responsável, portanto, pela divisão do direito moderno em direito privado e direito público. O primeiro se ligaria aos particulares, enquanto o direito público se

---

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 55 e 59.

[10] Conforme Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, a Revolução Francesa, dentre as Revoluções Burguesas, inseriu um elemento inovador no "imaginário social": o "poder absoluto do povo" – ainda que esta categoria ainda não estivesse muito definida e difundida naquele mesmo imaginário. A sua originalidade estaria, portanto, em ser o primeiro experimento de fundação da legitimidade estatal na democracia, a qual, somada à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, permitiu os embates posteriores acerca a ilegitimidade das desigualdades. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista* : hacia uma radicalización de la democracia. Madrid : Siglo XXI, 1987. p. 246-247 e 255.)

[11] O Direito Administrativo francês, do qual o nacional é herdeiro, nasceu como resposta ao *Ancien Régime*, e se marcou pelo alargamento da esfera pública tanto pela inserção da camada burguesa no rol dos que se encontravam aptos a participar do processo decisório, quanto pela ampliação do temário a ser discutido nesse *locus*. A atuação estatal somente se justificaria nos limites prescritos na lei coletivamente produzida, possibilitando aos atores do mercado antever os efeitos desta ação, o que, ao lado da crença na racionalidade encarnada na lei – como exteriorização da ordem natural, consistente em opiniões já arraigadas – e na ideia de que a mesma foi produzida de acordo com o consenso gregário do que era o interesse geral, contribuiria para garantir a legitimidade do Poder Público. (HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 42-43 e 70-72.)
Gustavo Binenbojm, por sua vez, sustentado em autores como Paulo Otero, afirmou que o Direito Administrativo não teria nascido como uma oposição ao Absolutismo, mas seria uma "reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime" no arquétipo do Estado Liberal. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, p. 9-22.) Talvez uma das bases desta compreensão se encontre em Locke, para quem, conforme Bobbio, o despotismo absolutista se encontraria na não sujeição do rei às mesmas leis e ao mesmo julgamento dos indivíduos. (BOBBIO, Norberto. *Locke...*, p. 219.) Em sentido oposto, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, afirmaram que exegeses como a de Gustavo Binenbojm e Paulo Otero, marcar-se-iam pelo positivismo histórico que não considera os movimentos e interpretações divergentes dos processos, eventos e fenômenos históricos. Ademais, continuam os últimos autores, a afirmação de que o direito administrativo tem uma matriz autoritária desconsidera que este ramo do direito foi construído sobre valores liberais, opostos, portanto, ao absolutismo do Antigo Regime. (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17, 31 e 46-60.)

identificaria ao Estado, tendo-se construído como reação ao primeiro, ainda que vários dos seus institutos proviessem e fossem adaptações da dogmática jusprivatista.

Logo, se os interesses particulares estão no cerne do delineamento da esfera privada e do direito que se lhe é aplicável, deve o interesse público constituir a essência do delineamento da esfera pública e do seu regramento jurídico. Este se funda na contenção da atuação estatal, para que se possibilite aos particulares, livremente, desenvolverem suas pretensões.

Esta inspiração se torna mais evidente quando se esquadrinham alguns dos argumentos apontados pela doutrina, para buscar caracterizar o "interesse público". Quando Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que seria um contrassenso reconhecer que o interesse público não se oporia aos interesses individuais, ele se aproxima da tese rousseaunianas de que a "vontade geral" *in abstracto* não se oporia às vontades individuais. Em ambas as construções não haveria a mencionada oposição, mas uma mudança de referencial ao se analisar cada um destes interesses, pois, o interesse público seria a expressão coletiva dos interesses privados, assim, como a "vontade geral" rousseauniana se constituiria dos pontos comuns das diversas vontades individuais daqueles que compõem o soberano[12].

Isto se torna mais patente quando se verifica a forma como Celso Antônio Bandeira de Mello procura demonstrar a mudança de referencial acima aludida. Para ele os interesses privados seriam os interesses dos sujeitos "singularmente considerados", ao passo que o interesse público os tomaria como "partícipes de uma coletividade maior". Ele seria a "resultante do conjunto de interesses que os indivíduos, pessoalmente, têm quando tidos em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem". Assim, longe de serem

[12] A ideia do interesse público reunir o interesse dos particulares também pode ser encontrada em Hobbes. Porém, isto seria mais claro em Rousseau, pois, como afirma Chevallier: "Vontade geral não é, de forma alguma, adição pura e simples de vontades particulares. *Vontade geral* não é simplesmente vontade de todos ou da maioria. Aqui deve-se fazer intervir um elemento de 'moralidadde', palavra cara a Rousseau. Este último parece distinguir dois mundos comparáveis, um ao mundo do Pecado, outro ao da Redenção. De um lado, o mundo suspeito do interesse *particular*, das vontades particulares, dos atos particulares. De outro, o mundo do interesse geral. Da *vontade geral* (a que quer o interesse geral e não o particular), dos atos gerais (as leis). Uma diferença radical, não de grau, mas de natureza, separa esses dois mundos.
Ora, o povo como corpo, o 'soberano', não poderia querer senão o interesse geral, não poderia ter senão uma *vontade geral*. Enquanto cada um dos membros, sendo simultaneamente, em conseqüência do contrato, homem individual e homem social, pode ter duas espécies de vontade. Como homem individual, é tentado a perseguir, de acordo com o instinto natural, egoísta, o seu interesse particular. Mas o homem social que nele existe, o cidadão, procura e quer o interesse geral: trata-se de uma busca toda moral, feita no 'silêncio das paixões'. A liberdade – liberdade natural transformada, desnaturada – é precisamente, a faculdade que possui cada um de fazer predominar, sobre a sua vontade 'particular', a sua vontade 'geral', que apaga 'o amor de si mesmo' em proveito do 'amor do grupo' (B. de Jouvenel). Assim, obedecer ao soberano, ao povo em conjunto, é verdadeiramente ser livre". (CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 75 e 167.)

categorias excludentes, elas seriam complementares, pois, o interesse público seria condição de existência dos interesses privados, porque os protegeria e os possibilitaria[13]:

> É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrigando, também, o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais[14]. (itálico no original)

A partir desta afirmação duas circunstâncias se apresentam[15]. Inicialmente, seria inimaginável, que o interesse público, abstratamente considerado, chocasse-se aos interesses privados também tomados de forma abstrata, mas, num dado caso concreto, poder-se-ia observar tal desacerto. Assim, embora alguém tenha o máximo "interesse em não ser desapropriado", não tem interesse na inexistência do instituto, que se mostra fundamental para, por exemplo, a construção de edifícios que beneficiem a todos e, até mesmo, a este indivíduo.[16] Neste caso, portanto, o interesse público exprimiria o conjunto dos interesses privados, nos termos acima mencionados.

A segunda circunstância decorre da primeira e se relaciona à proteção que o interesse público confere aos interesses individuais. Este caráter protetivo decorre da compreensão de que o interesse público seria formado pela interseção dos vários interesses dos membros da coletividade.

Isto seria mais claro quando se analisa a situação anterior sob o prisma dos demais indivíduos. Eles têm interesse que uma lei geral e abstrata prescreva o instituto da desapropriação e garanta os direitos de todos os indivíduos e também desejam que qualquer desapropriação obedeça a esta lei, inclusive no que tange à indenização, pois, assim, qualquer um que for desapropriado terá seus direitos resguardados, como todos os demais[17].

Logo, o citado direito à indenização se justificaria pela igualdade da distribuição das cargas sociais que impediria que um indivíduo fosse prejudicado pela atuação estatal que beneficia a todos. Afinal, admitir que alguém suporte, sozinho, o peso de todo o interesse

---

[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 182-183. Esta forma de abordagem da questão se assemelharia à relação que Rousseau estabelece entre a "vontade geral" e as "vontades particulares".

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...* p. 60.

[15] Poder-se-ia inserir uma terceira circunstância a este rol: os interesses das futuras gerações estariam abarcados na noção de interesse público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes...*, p. 183.)

[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Loc. cit.*

[17] *Ibid*., p. 183-184.

público significaria que este indivíduo entregou mais direitos e liberdades que os demais partícipes do "Contrato Social" [18].

Esta ilustração demonstra que o interesse público se mostraria presente na fase legiferante e na fase de aplicação do direito. Isto é, no primeiro caso, o interesse público inspirará o legislador a editar normas que confiram à função administrativa prerrogativas que realizem esta mesma inspiração. Por exemplo, os legisladores criarão as leis que conferirão aos entes públicos o poder de desapropriar bens que permitirão a realização do interesse público, repartindo esta carga igualmente entre todos os membros da sociedade. Na fase de aplicação do Direito, o interesse público se relaciona à busca por este interesse, o qual deverá nortear a própria atuação administrativa[19]. Por exemplo, quando a desapropriação será efetuada para atender a um interesse público específico, identificado a uma das causas previstas, abstratamente, na lei e o proprietário receberá a indenização que lhe é devida.

Portanto, o interesse público se mostraria presente na fase legiferante e na fase de aplicação do direito. Isto é, no primeiro caso, o interesse público inspirará o legislador a editar normas que confiram à função administrativa prerrogativas que realizem esta mesma inspiração.

Assim, somente se poderia pensar em conflito entre interesses público e privados quando se estivesse diante de um caso concreto, cuja resolução, porém, exigiria a prevalência do primeiro sobre os demais. O interesse público é a feição coletiva do interesse particular, não havendo, portanto, desconformidade em abstrato entre ambos. O interesse público é pré-condição para a existência do interesse individual, já que a satisfação das necessidades particulares exige a convivência em sociedade, fazendo com que os indivíduos, *in concreto*, suportem terem seus interesses egoísticos sobrepujados pelo coletivo. A atuação estatal em consonância à lei – que se pressupõe exarada em consonância ao interesse público – não causaria danos ao particular, pois não o obrigaria a suportar sozinho o peso do interesse público.

É neste sentido que o interesse público seria supremo em relação aos interesses individuais, dotando de verticalidade as relações jurídicas travadas entre o Estado e os indivíduos. Ademais, valendo-se da ideia de Celso Antônio Bandeira de Mello de que a "Sociedade é entificada no Estado"[20] e que o interesse coletivo é a "dimensão pública" de

---

[18] Afinal, segundo Chevallier, em Rousseau já se encontrava a máxima de que o "soberano nunca tem o direito de sobrecarregar mais um súdito que outro". (CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 169. No mesmo sentido está a doutrina lockeana. Para mais informações: LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 131.)

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 65-66.

[20] Esta exegese encontraria um de seus fundamentos nas teorias organicistas – como a de Hegel e as orientações fascista e totalitária. Conforme estas teorias, "o Estado ou a Sociedade" seriam vistos "como um organismo",

interesses individuais, é que se pode afirmar que não cabe àqueles que exercem a função administrativa disporem ou transigirem sobre os mesmos. Afinal, o "detentor dessa disponibilidade é o Estado" – o "corpo político" nele entificado[21].

Assim, se a supremacia do interesse público dota o Estado de prerrogativas, a indisponibilidade exige que elas sejam tomadas como "deveres-poderes". Os poderes existem em função daquele fim público[22], portanto, não há a prerrogativa de não utilizar estes "deveres-poderes". Afinal, o Estado, e não a Administração, é o "titular do interesse público" e somente a lei poderá autorizar a "disponibilidade ou a renúncia" destas prerrogativas[23].

Exposta a construção nesses termos, não se confundiria o Estado, enquanto sociedade entificada, titular do "interesse público", com o Estado enquanto sinônimo de Governo, nos termos expostos por Rousseau. Por isso é que não bastaria a mera alegação de que dado interesse é público[24], para que, de fato, ele seja assim considerado.

Afinal, como demonstrou Renato Alessi[25], valendo-se das lições de Piccardi, no seio da coletividade, o interesse público – identificado à "vontade geral" rousseaunianas – afigura-se como primário. Cada ente, os indivíduos[26] – enquanto súditos – e o Estado – enquanto Governo – seriam titulares de interesses secundários, que seriam seus interesses enquanto sujeitos.

Porém, o Estado, diversamente dos particulares, foi criado para atender ao interesse primário, o que o obrigaria a persegui-lo, podendo realizar seu interesse secundário, "*soltanto*

---

o que exigia que as suas "partes" – os "indivíduos" – submetessem-se ao todo. (BONAVIDES, Paulo. *Do estado ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 80.)

[21] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*..., p. 72. Conforme Fioravanti, já em Jean Bodin se encontraria a afirmação da indisponibilidade, pois o "poder absoluto" não admitiria negociação. (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. p. 74.)

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso*... p. 97-99. A base para esta compreensão poderia ser encontrada, como recorda Bobbio, na exegese lockeana dos fundamentos do poder paterno, o qual somente existiria em razão do dever dos pais para com sua prole. (BOBBIO, Norberto. *Locke*..., p. 212.)

[23] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*..., p. 105.

[24] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes*..., p. 184.

[25] ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Dott. Antonino Giufrè Editore, 1953. p. 151-152. Note-se que, na maior parte dos manuais de Direito Administrativo brasileiro, a teorização de Renato Alessi, aqui apresentada, figura como explicação dos contornos do interesse público, razão pela qual ela ocupa um papel de relevo na análise aqui proposta.

[26] Segundo a tese rousseaunianas, embora o indivíduo deva se portar em consonância à "vontade geral", esta lhe entregaria uma ampla gama de direitos, cujo exercício livre estaria em conformidade ao interesse público. Esta exegese admitiria a conjugação desta tese à orientação econômica smithiana, segundo a qual, ao "perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo". (SMITH, Adam. *A riqueza das nações*: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 1. p. 379-380.)
Para Jon Elster, a ideia de interesse público não poderia ser aferida como "resultado agregado de indivíduos" que perseguem seus interesses privados, pois eles podem produzir resultados que pioram a situação de todos, o que denotaria a inaplicabilidade da lógica do mercado à situação. Para mais informações: ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 223-251.

in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza"[27], com o primeiro. Nessa ótica, poderia existir o choque, também em concreto, entre estes interesses:

> *l'interesse secondario dell'ammnistrazione porterebbe la stessa a pagare i propri impiegati il meno possibilile, e ad aumentare al massimo possibile le imposte, al fine di aumentare al massimo le proprie disponibilitá patrimoniali: per contro, l'interesse pubblico (colectivo) esige, rispettivamente, che gli impiegati siano pagati in modo sufficiente a metterli nelle migliori condizioni acciocchè le loro prestazionei siano efficaci, ed i cittacini non siano gravati di imposte oltre una data misura*[28].

Assim, cada um dos cidadãos estaria diante de um duplo risco: a busca pelo Estado do atendimento de seu interesse secundário; e a instrumentalização do Estado para beneficiar os interesses privados de determinados indivíduos, em detrimento, em ambos os casos, do interesse primário. Para afastar estes riscos, Alessi propôs uma disciplina para o exercício do poder, fundada em três limites: a forma para o exercício do poder; a indicação do ente competente para exercê-lo; e a definição da medida de poder apta a, em cada caso, atender ao interesse público.

Dessa forma, a lei deve prescrever o interesse público a ser atendido, o sujeito competente para fazê-lo, a forma procedimental a ser empregada. Ela deve prescrever, ainda, a restrição que o interesse privado deveria suportar, o estabelecimento de uma relação lógica entre o interesse público a ser atingido e a atuação pública – intensidade de deveres-poderes a ser empregada.

Uma vez atendidos estes limites os interesses individuais e público estariam garantidos. Porém, se violados estes lindes, o Estado, visto como Governo – ao tornar concreto

---

[27] Numa tradução livre: "somente no caso de coincidência, e nos limites da coincidência". Esta tese – o Estado somente pode buscar o interesse público secundário se este coincidir com o primário – retoma, em certa medida, a tradição medieval segundo a qual não se poderia imaginar que o "chefe autêntico da comunidade política" agisse em desconformidade "ao bem comum" encarnado no "direito". Afinal, segundo Hotman este "bem comum" se relacionaria ao povo que é anterior ao soberano e vive independentemente dele. (HOTMAN, François *apud* FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 41-42 e 59. Em sentido oposto, estaria a tese socialista, para quem o interesse público se identificaria ao da facção dominante da classe dominante. Para mais informações: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia...*, p . 299 e 344.)

[28] Numa tradução livre: "O interesse secundário da Administração levaria a mesma a pagar aos próprios servidores o menos possível e a aumentar ao máximo possível os impostos, a fim de aumentar ao máximo as próprias disponibilidades patrimoniais: ao contrário, o interesse público (coletivo) exige respectivamente que os servidores sejam remunerados de forma suficiente a dotá-los da melhor condição para que suas prestações sejam eficazes, e os cidadãos não sejam onerados com impostos acima de uma dada medida." (ALESSI, Renato. *Sistema...*, p. 153.)

Roberto DaMatta ilustra o objetivo de aumento da arrecadação estatal, por meio do incentivo conferido, durante a vigência da Constituição de 1946, aos fiscais do imposto de consumo. Segundo ele, para aumentar estas receitas, foi aprovada uma "medida administrativa que dava aos fiscais um percentual da coleta do imposto de consumo arrecadado em seus estados". Dessa forma, o citado incentivo, além de se pautar no chamado "interesse público secundário", configurava caso de desvio de finalidade, por admitir que servidores públicos se apropriassem de recursos estatais – o que contribui para a caracterização da inadequação da medida ao "interesse público primário". (DAMATTA, Roberto. Em torno do autoritarismo político e social: reflexões, dúvidas, indagações. *Educação e Sociedade*, v. 16, n. 53, p. 675-693, 1995. p. 692-693.)

o comando abstratamente prescrito em lei – teria se afastado das prescrições referentes à forma, à competência ou à medida ideal de força a ser empregada, devendo-se anular o ato[29].

Em síntese, portanto, o Estado possuiria um interesse público secundário, de cunho patrimonial. Este somente poderia ser satisfeito nos exatos limites de sua coincidência com o interesse público primário, sob pena daquele não ser configurado como interesse público, ou como manifestação da "vontade geral", mas como interesse privado do Estado. Dessa forma, enquanto interesse privado do Estado, ele deve ser eliminado do sistema jurídico.

Todavia, a análise de compatibilidade ou coincidência não seria simples, devido à indeterminação da ideia de interesse público. Em um dado momento, o interesse público se ligaria ao interesse da "sociedade entificada no Estado", que, por meio de seus representantes, reunidos em Assembleia, teria plasmado tal escopo na lei. Em outro momento, o interesse do Estado e dos particulares seriam interesses secundários, enquanto o interesse púbico, visto como finalidade da atuação estatal, seria primário, e não se confundiria com os primeiros[30].

Percebe-se, portanto, que esta indeterminação encontra uma de suas causas na identificação entre o "interesse público" e a noção de "vontade geral" – que lhe dá fundamento. É verdade, como salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que esta identificação autoriza reconhecer a Constituição como um instrumento que, "além de fixar as regras do jogo, introduz diretrizes políticas, econômicas, sociais, jurídicas e até, por vezes, culturais" que condicionam o Estado[31]. No entanto, esta identificação também dificulta a aferição e operacionalização

---

[29] Alessi vincula seus elementos limitadores à legalidade, pois a lei delinearia o sujeito competente para emanar o ato, bem como o procedimento a ser seguido. Ademais, o último elemento de sua tríade mostrava-se ligado à ideia de proporcionalidade/razoabilidade, a ser observada pelo legislador, ao criar os textos jurídico-normativos, e pelo aplicador, evitando abusos e a degeneração dos poderes conferidos. (ALESSI, Renato. *Sistema...*, p. 154.)

[30] Em decorrência destas duas afirmações, portanto, cada um dos indivíduos estaria autorizado a, conforme Hely Lopes Meirelles, defender o "interesse da comunidade", mediante, por exemplo, a propositura de uma da Ação Popular, em que o requerente figuraria como uma espécie de representante processual da coletividade, já que defenderia o interesse público, que lhe seria alheio. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.* 24. ed. Atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 128. Em sentido aproximado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmou que o direito de propositura da ação teria natureza política, já que o requerente defende, por meio dela, o interesse público. Para mais informações: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 883.)

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 70-71. Para Fukuyama, a Europa continental também seguiu a orientação rousseauniana, o que obrigaria os Estados, em algumas situações, a se voltarem "contra a vontade popular", pois teriam "uma visão mais clara do interesse comum". Para ele, a concepção estadunidense faria do Estado servidor dos indivíduos. Eles decidiriam democraticamente o que configuraria o interesse público que, por isso, não estaria separado dos interesses individuais.
Assim, para o citado autor, enquanto os Estados europeus confeririam maior autoridade aos organismos internacionais na determinação dos interesses globais, nos Estados Unidos esta exegese seria mais circunscrita, pois, se os interesses nacionais não forem satisfeitos, admitir-se-ia que qualquer "Estado-nação democraticamente constituído" poderia retirar-se desta organização. (FUKUYAMA, Yoshihiro Francis.

práticas do interesse público[32]. Neste sentido, o recurso à conformação da esfera pública, ao ampliar e redefinir alguns dos aspectos daquela construção teórica, contribui na determinação e na adequação do sentido de interesse público ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

2.1.2 A crítica da teoria do interesse público

O reconhecimento de que a teoria do interesse público, no Brasil, é inspirada em Rousseau indicaria um aparente paradoxo face à formação das instituições brasileiras, notadamente as republicanas. A "soberania popular", embora fosse uma das bases sobre as quais se edificou os ideais independentista e republicano, ocupou um papel secundário na formação das instituições brasileiras. Afinal, a tese mais influente foi a da "soberania nacional" que pressupunha "um complexo de grupos e tradições, de comunidades e de continuidade histórica"[33].

Entretanto, a tentativa de afastar a orientação rousseauniana não se mostrou de todo exitosa. Isto porque, quando se objetivou construir a teoria do interesse público, recorreu-se à tese da "vontade geral".

No entanto, o potencial emancipatório que decorreria da aludida teoria não pode apresentar todo o seu vigor. O autoritarismo e o modelo estamental-patrimonialista – característicos das diversas conformações da esfera pública brasileira – identificou, em certa medida, a "vontade geral" à vontade dos líderes autoritários ou dos membros dos estamentos. Assim, de um lado, maximizaram-se os efeitos da indeterminação do sentido de "interesse

---

Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI. Tradução Nivaldo Montingelli Júnior Júnior. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 144 e 150.)

Sem cuidar dos equívocos sobre a exegese acerca dos modelos de matriz rousseauniana, pode-se afirmar que a visão de Fukuyama sobre a orientação estadunidense é inocente, senão marcada por seu ufanismo. Ele desconsidera que a sua impressão se funda numa visão de sociedade "monoclasse", que nega o pluralismo social e o papel que dados grupos tem na determinação do interesse público, tal qual já apontaram Marx e Engels. (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 14 e 23.). Ademais, a "independência" atribuída aos Estados-nações pela concepção estadunidense não encontraria comprovação empírica, face à política externa estadunidense, notadamente na sua história de atuação/intervenção na América Latina.

[32] Recorde-se que, para Hayek, a vagueza da expressão "interesse público" não permitiria fixar "uma linha específica de ação" ou "uma escala única de valores" que permitisse aferir o "bem-estar e a felicidade de milhões", pois isto implicaria uma hierarquização de necessidades e critérios de satisfação homogêneos. (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 75-77 e 184.)

[33] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 320-321 e 401. No mesmo sentido, mas tratando, especificamente, das bases da Primeira República: CARVALHO, Jose Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da república no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 22.

público". Lado outro, reduziram-se os impactos que proviriam daquela construção teórica, pois salientou a identificação entre o interesse público e a autoridade pública – tomada em seu sentido autoritário[34].

Dessa forma, o caráter autoritário e a captura ilegítima forneceriam uma explicação para a compreensão das críticas hodiernas à teoria do interesse público. Estas críticas se concentram, principalmente, no "princípio da supremacia do interesse público"[35], em detrimento de outros aspectos, como a indeterminação ou a indisponibilidade.

Os críticos da teoria do interesse público, a partir do neoconstitucionalismo, objetivaram reformulá-la mediante a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público. Eles afirmaram que o "giro kantiano", que caracterizou o direito contemporâneo, incorporou a tendência "personalista"[36] – que sintetiza a visão individualista do homem e a sua inserção em múltiplas redes sociais. Esta tendência representou o reconhecimento de que o temário da esfera pública se reconduziu à dignidade humana: esta se tornou a base axiológica do ordenamento jurídico[37], em cujo centro estão os direitos fundamentais.

Uma das consequências da centralidade dos direitos fundamentais foi reconhecer-lhes, juntamente com os mecanismos de estabilidade constitucional, como causas da supremacia da Constituição e o espraiamento da interpretação constitucional ao direito

---

[34] Esta identificação entre autoridade pública e interesse público remontaria a outros fundamentos da supremacia do interesse público. Para Fioravanti, a "supremacia do todo sobre a parte" já era presente na tradição medieval, enquanto que, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a supremacia do interesse público seria uma remanescência absolutista, já que o conteúdo do interesse público seria "ditado pelo próprio Estado". (FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 54; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 105. Em sentido aproximado, Gustavo Binenbojm afirmou que o modelo administrativo brasileiro agravou a "crise de identidade" do "modelo jusadministrativista europeu continental" que, segundo ele, teria uma origem autoritária. Para maiores informações: BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 127.)

[35] Raymundo Faoro, ao analisar a transição dos períodos colonial ao imperial, utiliza-se de uma expressão que resumiria esta exegese: "a supremacia da autoridade pública". (FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 279.)

[36] Sobre o "giro kantiano" e sua origem no pós-Segunda Guerra: MATA-MACHADO, Edgar de Godói. *Contribuições ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Em sentido semelhante: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 29, 33-34, 60 e 140.

[37] BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. xvii; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 50, 57-58, 72-73 e 78-79 e 105; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 143; SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 219 e 222-223.

infraconstitucional[38]. Ademais, os direitos fundamentais se tornaram a mais importante base germinal dos diversos institutos jurídicos, da distribuição de competência, e dos "mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder"[39]. Outrossim, reconheceu-se que estes direitos protegem os indivíduos contra o Estado – colocando-o "a serviço das pessoas"[40] – e contra a intervenção de terceiros, o que salienta o seu caráter contramajoritário.

Em síntese, portanto, o aludido "giro kantiano", indicou que os direitos fundamentais – notadamente em sua feição objetiva – integram a noção de interesse público, como comprovariam os direitos transindividuais[41]. Esta integração demonstrou a "conexão estrutural"[42] entre os interesses público e privado, vistos como inseparáveis. Ampliou-se o sentido de público para além do estatal[43], em consonância, portanto, aos pressupostos da reforma gerencial do Estado. Ao mesmo tempo, afastaram-se a contradição entre interesses público e privado e a relação de prevalência de um destes interesses sobre o outro[44]. Isto é, o interesse público não seria próprio do Estado e oposto aos interesses individuais, pois, a realização destes poderia "representar a realização" do primeiro[45].

A "conexão estrutural", ao inserir na teoria do interesse público a complexidade e pluralidade ínsita aos direitos fundamentais, salienta, ainda, um aspecto que já se fazia presente na teorização de Renato Alessi: a pluralidade de interesses públicos. A "multiplicidade" e "heterogeneidade" de interesses públicos denotaria a "indeterminação" e a "dificuldade de

---

[38] Para Daniel Sarmento, isto significa reconhecer que a ordem jurídica como um todo – Direito Público e Direito Privado, indistintamente – tem no seu "cimo uma Constituição", cuja consequência é a concomitância de dois fenômenos: a "privatização do direito público" e a "publicização do direito privado". (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 50, 70-72 e 44-45.)
Segundo Luís Roberto Barroso, "a constitucionalização do direito infraconstitucional" significa que toda a "interpretação jurídica é interpretação constitucional". O intérprete deverá analisar: a compatibilidade do diploma normativo infraconstitucional à Constituição; orientar "o sentido e alcance" destes textos à realização dos fins constitucionais. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. xi-xiii. Em sentido semelhante, Paulo Ricardo Schier e Alexandre Santos de Aragão reconhecem que a centralidade dos direitos fundamentais é a característica da Constituição. Para mais informações: SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 223-225; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "supremacia do interesse público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 2-3.)

[39] SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 224; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 129-131.

[40] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. xvi; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 27-28, 62 e 75; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 130; ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 188.

[41] SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 82-84; SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 230.

[42] BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 126 e 143; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 6.

[43] SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 47-48.

[44] ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 81 e 193. SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 237 e 239.

[45] BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 144 e 150-151; BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. xiv

definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera a crise na sua própria objetividade"[46].

A indeterminação e a dificuldade de definição levaram Humberto Ávila a afirmar que a "supremacia do interesse público" seria, no direito brasileiro, um axioma[47] que, falsamente, sustentaria as prerrogativas estatais[48]. Porém, esta supremacia não seria da decorrência natural do interesse público, mas encontraria seu fundamento no direito positivo: ela seria uma consequência de regras e dispositivos infraconstitucionais. Assim, a "supremacia" deveria ser analisada a partir das atividades legislativa, administrativa e jurisdicional[49].

---

[46] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 4 e 6-7; BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. xiv-xv; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 134. Conforme Daniel Sarmento, esta indeterminação e heterogeneidade seriam as causas para a ampliação da discricionariedade administrativa. (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 98.)

[47] Humberto Ávila se propôs a discutir a natureza jurídica do interesse público. Segundo ele, a doutrina tradicional sobre a supremacia do interesse público a considera um princípio do qual decorreriam, por exemplo, a finalidade pública, a impessoalidade, a exigibilidade dos atos administrativos, em suma, as prerrogativas da função administrativa.

Esta doutrina, conforme o autor, considera que o princípio possuiria duas características. De um lado, a característica de "norma-princípio", que regularia "as relações entre o Estado e o particular", cuja "validade e posição hierárquica" possibilitariam a sua descoberta "*a priori*, sem o prévio exame de sua referência no ordenamento". Lado outro, como um "princípio relacional" que pressuporia a possibilidade de "conflito entre o interesse público e o interesse privado" e indicaria, abstratamente, que o primeiro deveria prevalecer.

Assim, para analisar ambas as características o autor retoma três acepções jurídicas identificadas ao vocábulo "princípio". A primeira seria a sua compreensão como um "axioma", cuja "veracidade é aceita por todos", não se fazendo necessário comprová-lo. A segunda seria a sua identificação como "postulado normativo" que seriam "condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico", que, apesar de não fornecerem "argumentos substanciais" para a fundamentação de uma decisão, demonstram como se poderia conhecer o Direito e, assim, obter a decisão almejada. A terceira acepção seria a normativa que se ligaria ao "sentido" de uma "prescrição normativa" – o comando contido no texto jurídico – que, embora, dotada de alta abstração, encontraria seu "fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito".

A supremacia não seria uma "norma-princípio" porque ela estabeleceria uma regra de preferência que não considera os elementos factuais presentes no caso concreto. Ademais, a Constituição indicaria a proteção aos direitos fundamentais, o que imporia ao Estado o "ônus" argumentativo de explicar porque o seu interesse deveria prevalecer. Outrossim, o grau de indeterminação e abstração do interesse público impediria se afirmasse a sua supremacia.

Dessa forma, as prescrições constitucionais e legais determinariam os casos em que o interesse público prevaleceria, e não a existência de um princípio de supremacia. Os casos de prevalência decorreriam de textos jurídico-normativos específicos e não de um princípio dotado de alta carga de abstração.

O autor afirmou, ainda, que a "supremacia" não é um "postulado normativo". O "bem comum" – ou seja, a finalidade estatal – determinar-se-ia pelo direito positivo e não pela prevalência decorrente da supremacia do interesse público. Ademais, os "postulados normativos" constitucionais não esclareceriam a existência de um "fundamento de validade" atribuído ao princípio, notadamente diante da conexão estrutural. Enfim, a "conexão estrutural" e a "multiplicidade de interesses públicos" indicariam que a descoberta do interesse público se daria no momento de aplicação dos textos jurídicos normativos, o que afastaria a supremacia, pois esta indicaria *a priori*, qual seria a solução adequada.

Diante destas três definições, Humberto Ávila concluiu que, seguindo a lógica apresentada pela doutrina tradicional, a "supremacia do interesse público", não se adequaria às noções de "norma-princípio" ou de "postulado normativo". Na verdade, segundo ele, a norma de prevalência configurar-se-ia como um axioma. (ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 174-181, 186-189, 192-193, 200-201, 210 e 214.)

[48] BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 156; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 23-24.

[49] BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 140, 146 e 164; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 92-93, 95 e 104; ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 208.

Logo, os críticos da teoria do interesse público afirmaram que caberia ao legislador – constituinte e infraconstitucional, mediante a conformação dos direitos fundamentais – ponderar e valorar abstratamente e, então, criar dispositivos que garantam prevalência a um ou outro destes interesses[50]. Assim, os textos legais seriam uma "prefiguração" da norma, a qual somente se faria conhecer, de fato, na aplicação deste texto a um dado caso concreto, o qual não pode, contudo, afrontar "a função limitadora do texto da lei", sob pena de se dar primazia ao voluntarismo dos aplicadores[51].

Aos aplicadores dos textos normativos, por sua vez, caberiam a especificação detalhada do sentido atribuído ao interesse público, os quais devem se sustentar em argumentos jurídicos decorrentes dos textos jurídico-normativos e passíveis de verificação face ao sistema constitucional[52]. Não bastaria, por exemplo, um argumento genérico – "para fins de saúde pública" – como motivo a ensejar a desapropriação de um imóvel. Ao Estado caberia especificar qual equipamento público será edificado no local, e porquê este imóvel é o mais adequado àquele fim.

Nesse sentido, a motivação do ato administrativo e a fundamentação fática e jurídica da decisão jurisdicional tornam-se comprovações argumentativas da supremacia, *in concreto*, do interesse público. Esta transição tem como consequência possibilitar que os decisores realizem juízos de proporcionalidade e razoabilidade. Assim, estes juízos devem permear a definição da prevalência de qualquer dos interesses envolvidos – mas que não seriam permitidos pela supremacia, *a priori*, de um pretenso interesse público.

---

[50] Para Paulo Ricardo Schier, a Constituição, "em algumas situações, ponderando princípios e direitos", abstratamente reconhece a "prevalência" – e não a "supremacia" – de determinados "interesses públicos". Isto não autorizaria extrair delas um princípio geral de supremacia, pois, em outras situações, esta mesma Constituição "reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como parece ser a regra". Logo, conclui o autor, "a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público". (SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 235-236 239 e 240.)

[51] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 5, 12, 15 e 16; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 26, 79-80, 94-96; SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 226-229 e 237; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 165-166.

[52] Conforme Alexandre Santos de Aragão, "os argumentos jurídicos ligados diretamente ao texto da regra específica a ser aplicada devem prevalecer sobre os argumentos metajurídicos ou mais genéricos e subjetivos". Assim, ele afirmou que, na atividade de aplicação, deve prevalecer: o texto legal, face à "invocação do 'interesse público' ou dos seus derivativos"; os argumentos objetivos compartilhados face às "concepções pessoais e ao perfil psicológico de cada julgador", o que privilegia os argumentos ligados ao texto legal; a atividade de ponderação jurisdicional e administrativa somente poderia ocorrer na "ausência de "regra constitucional ou legal específica"; os "argumentos institucionais", portanto ligados ao ordenamento jurídico, face aos argumentos "não-institucionais", ligados à economia, à política ou à ética. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 10-11 e 13 e 14.) Em sentido aproximado Humberto Ávila afirmou: "A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar". (ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 217.)

Ademais, a citada transição atrai, também, inúmeras inovações presentes na atual conformação da esfera pública brasileira[53]. Ela incorpora a lógica do dissenso à determinação do interesse público e da sua prevalência. Ao mesmo tempo, ela demonstra a "convergência" ou divergência do interesse público aos interesses dos particulares. Enfim, ela considera os vários interesses envolvidos, já que oportuniza aos diversos sujeitos a participação no processo decisório; atinge uma solução específica para o caso em questão.

2.1.3 A "crítica da crítica" [54] da teoria do interesse público

A partir destas críticas, os defensores da concepção tradicional sobre a "supremacia do interesse público" apresentaram sua tréplica aos críticos e, assim, esclareceram alguns aspectos da teoria do interesse público. Para eles, a renovação do debate sobre o tema objetivaria "fazer prevalecer o interesse econômico sobre outros igualmente protegidos pela Constituição"[55], mas, este escopo se escamotearia sob uma pretensa tentativa de leitura constitucional do interesse público.

No entanto, segundo eles, esta retomada do debate apenas comprovaria a atualidade desta construção doutrinária e a evolução do Direito Público – e, especialmente, do Direito Administrativo[56]. Este recupera a sua matriz iluminista, ocupada da felicidade individual e gregária e da eficiência da gestão pública.

---

[53] BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 137, 155, 157-158 e 170-171; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 17; ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 189, 197 e 210; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 81, 98-101 e 114; SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 231-234 e 241.

[54] Esta expressão foi empregada por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem como subtítulo do artigo escrito em coautoria, em que os professores apresentam a sua tréplica aos críticos da teoria do interesse público. Devido à sua carga semântica, esta expressão foi utilizada para situar o debate entre as duas correntes.

[55] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 85 e 101. Em sentido aproximado, Irene Patrícia Nohara afirmou que não se desconhece que o "Estado esteja permeado por interesses de grupos particulares", os quais podem capturá-lo, como se verifica no caso das oligarquias. Dessa forma, deve-se observar quais grupos serão beneficiados com a alteração teórica proposta e, ao fazê-lo, a autora constata que a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público teria um elemento ideológico neoliberal. Este elemento objetivaria cooptar o Estado para atender interesses econômicos destes grupos, o que explicaria a afirmação de que as críticas à supremacia objetivariam resgatar os "desígnios liberais". (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 141.)

[56] A atualidade e evolução se fariam notar, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro pelo paradoxo atual incidente sobre a matéria: enquanto os críticos pretenderiam o fim da supremacia, na prática, haveria um aumento da propositura de ações coletivas objetivando defender o citado interesse. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5 e 9.)

Irene Patrícia Nohara afirma que a complexidade contemporânea passou a exigir o redimensionamento de vários institutos de direito administrativo, o que, porém, não significa o abandono da supremacia. Segundo ela:

Os defensores reconhecem, assim, a inspiração rousseauniana da teoria, embora afirmem que o sentido a ser atribuído ao interesse público deve ser buscado nos séculos XX e XXI, o que garantiria a atualização daqueles pressupostos[57]. Nesse sentido, eles afirmam que a constitucionalização do Direito Administrativo[58] e do interesse público, bem como a consequente identificação deste à realização dos direitos fundamentais não significaria uma mudança de cunho substancial. Ao contrário, estar-se-ia diante de um câmbio metodológico, já que esta identificação já se fazia presente nos paradigmas anteriores.

Assim, poder-se-ia dizer que, no Estado Liberal, a preocupação com a liberdade identificou-a ao interesse público ao individualismo e ao utilitarismo, cuja consequência foi a "proibição de ingerência indevida" do Estado nas relações interindividuais. Nos Estados Fascistas, Totalitários e Autoritários, a radicalização do público decorreu da carestia humana que levou os indivíduos a se importarem mais com a satisfação de necessidades imediatas, do que com a preservação da liberdade[59]. No Estado de Bem-Estar Social, buscou-se garantir a liberdade e corrigir as desigualdades sociais – o que identificou o interesse público ao valor dignidade humana – nos termos expostos pela Doutrina Social da Igreja Católica – e aos direitos fundamentais de segunda geração, cuja consequência foi admitir o aumento da atuação estatal em diversos campos, como, por exemplo, a família[60].

"Podem ser mencionadas as seguintes tendências do Direito Administrativo pós-moderno: influência de uma hermenêutica que revaloriza o papel dos princípios na interpretação jurídica; análise da adequação das políticas públicas com os referenciais constitucionais; direcionamento da discricionariedade administrativa à consecução de direitos fundamentais, mesmo que de segunda geração/dimensão; processualização da atuação administrativa; reaproximação da abordagem da ciência da Administração com o Direito Administrativo, mormente com a discussão do princípio da eficiência; e valorização do elemento consensual, seja pelo incentivo a que a Administração busque formas diretas de obtenção de consenso, mediante consultas populares ou audiências públicas, ou por meio (a) do incremento nas atividades de parcerias com o setor privado e (b) no fomento a atividades de utilidade pública por setores organizados da sociedade civil sem fins lucrativos, dentro da noção de subsidiariedade". (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 120-121.)

[57] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 19, 20, 26, 32 e 45.

[58] Segundo Cristiana Corrêa Conde Faldini, a constitucionalização se fundaria no reconhecimento da supremacia constitucional e no reconhecimento de que a Constituição pode ser aplicada pelos diversos sujeitos habilitados a atuarem na esfera pública. Ademais, a constitucionalização possui um poder de "irradiação" para outros ramos do Direito e ela pode sustentar decisões estatais, o que repercute na atuação dos demais poderes.
Sobre este aspecto, ela afirmou: "para o Legislativo, a constitucionalização limita a liberdade para elaboração das leis, impondo-lhes deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais; para a Administração Pública, limita a discricionariedade, impondo-lhe deveres de atuação e fornecendo fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, mesmo ante a ausência de atuação do legislador ordinário; para o Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade e condiciona a interpretação de todas as normas do sistema". (FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261-277.)

[59] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 42, 34, 29-30, 57, 36 e 45; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 88-89, 93 e 94; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 149.

[60] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 90, 92-93; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 138; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 37. Logo, durante o paradigma do Estado de Bem-Estar Social, houve uma ampliação do âmbito de incidência do Direito Público. Esta ampliação, no Brasil,

Estas digressões sustentariam, assim, a afirmação de que o Estado somente se justificaria para atender "interesses da sociedade"[61]. Estes interesses, atualmente, reuniriam diversas orientações contraditórias entre si[62]. De um lado, a volta ao individualismo e ao utilitarismo, com primazia dos "interesses de indivíduos ou de grupos de indivíduos, principalmente alicerçados no lucro e na economia", em que o Estado é, ao mesmo tempo, uma "ameaça a estes interesses" e um facilitador dos mesmos. Lado outro, a defesa da democracia, não somente no sentido eleitoral, mas também material de distribuição de oportunidades[63].

Neste sentido, os defensores acusam os críticos de conferirem prevalência ao individualismo em detrimento de outros aspectos, o que poria fim à noção de multiplicidade de interesses públicos. Afinal, ao retirar, do centro da noção de interesse público, a totalidade dos direitos fundamentais – e especialmente os direitos sociais, econômicos e culturais[64] – valorizar-se-iam somente os direitos de cariz econômico – de fundamentalidade discutível, já que ligada aos grupos econômicos e não ao ser humano[65].

Ademais, segundo os defensores, os críticos da teoria do interesse público desconsideram uma importante decorrência da orientação rousseauniana. Segundo ele, o Estado "não é titular, como pessoa jurídica, de nenhum interesse público; seu titular é a coletividade"[66].

---

ocorreu a partir da Constituição de 1934, mas, as sucessivas ordens constitucionais, ao incorporarem elementos e práticas autoritárias e de hierarquização social, contribuíram para a identificação dos ramos do Direito Público com o autoritarismo. (FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Op. cit.*, p. 267.)

[61] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 71.

[62] Maria Sylvia Zanella Di Pietro ilustra esta contradição da seguinte forma: "é difícil ocorrer que todos os indivíduos tenham um interesse comum, cuja soma corresponda a um interesse público único, talvez por isso Hector Jorge Escola fale em '*maioria de indivíduos*'. Pode nem haver a maioria de indivíduos. Pode haver interesses públicos conflitantes, como ocorre com a construção de rodovias e de usinas nucleares, cujo interesse, em regra, conflita com o interesse na proteção do meio ambiente. Nesse caso, cabe à Administração Pública e, em última instância, ao Judiciário decidir qual o interesse a proteger". (Itálico no original) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 99.)

[63] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 104; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 144.

[64] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 37-38; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 91.

[65] FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 157-159 e 164; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 99; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 73; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 134.

[66] "Ainda quando se admite classifica-lo em *primários* e *secundários*, como fizeram ALESSI e outros autores da doutrina italiana, o escopo é o de demonstrar que a titularidade é sempre do grupo social, distinguindo-se apenas pelo fato de alguns interesses serem diretamente vertidos para ele e outros o serem indiretamente, através do Estado". (Itálico no original) (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 80 e 73-74.) Esta afirmação seria comprovada pela existência dos direitos meta-individuais e pela atual preeminência do setor público não-estatal. (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 137-138.)

Assim, para se falar em uma teoria jurídica do interesse público, far-se-ia necessário recorrer ao ordenamento jurídico[67]. Em razão da legalidade – ainda que ampliada para juridicidade – somente se poderia falar que o interesse público é, "de fato superior", quando dele decorre um "direito subjetivo específico com ele congruente".

Ao recorrerem ao direito positivo para explicarem a "supremacia do interesse público", os defensores da concepção tradicional se aproximaram dos críticos. Porém, ao contrário destes reconheceram na prevalência a natureza jurídica de "princípio jurídico", ao adotarem outro sentido para esta "expressão". Para eles, o vocábulo "princípio" deveria ser compreendido conforme o seu significado tradicional, como sinônimo de "início", de "fundamento" de onde dimanam normas de conduta. Nesse sentido, pela interpretação dos textos jurídicos que prescrevem as diversas prerrogativas estatais, seria possível aferir a aludida supremacia que se ligaria à Constituição e à supremacia constitucional[68].

Assim, os defensores da concepção tradicional retomaram as teses de Rousseau para explicar que, após as Revoluções Burguesas, compreendeu-se que a lei encarnaria o interesse público. Isto é, a lei seria uma emanação da "vontade geral".

Porém, com a constitucionalização do Direito Público, este interesse se sediou nas Constituições e as leis passaram a especificá-lo, razão pela qual, aquelas primeiras orientações não foram abandonadas, mas atualizadas. Logo, os casos de prevalência, não seriam definidos pelo Estado, no exercício da função administrativa, mas decorreriam da Constituição e das leis, cabendo à Administração Pública seguir a ordem contida neles, em razão do princípio da legalidade[69].

Dessa forma, os textos jurídico-normativos dos quais se extrai o princípio da supremacia do interesse público deveriam observar o binômio prerrogativas/sujeições, pois, não poderia o Estado querer "tratar todo e qualquer assunto como sendo potencialmente de direito público". Nesse sentido, as interpenetrações entre as esferas pública e privada – notadamente

---

[67] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Op. cit.*, p. 117 e 116. No mesmo sentido e valendo-se, para tanto da doutrina de Renato Alessi: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 40. Para Irene Patrícia Nohara, esta acepção do interesse público possibilitaria caracterizá-lo como contraposto "à noção de interesse privado, disponível ou individual" e não coincidente com "o simples interesse da maioria da população", sob pena de se excluírem ações voltadas à "inclusão social de minorias". Ademais, esta acepção do interesse público é próxima àquilo que a "sociedade de um determinado tempo valora como de interesse geral". Além disso, esta acepção possui uma feição múltipla, já que "o direito público", em razão da complexidade hodierna, "lida com variados interesses públicos, e não com um (*único*) interesse público". Ele é indisponível, pois deve ser realizado. Enfim, ele é fruto de uma decisão política e convenção que torna dado interesse ou satisfação de necessidade como uma meta coletiva. (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 135-136.)

[68] FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Op. cit.*, p. 163; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 42 e 45; FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Op. cit.*, p. 267.

[69] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 26-28, 43 e 57; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 97-98; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Op. cit.*, p. 112.

no que tange ao temário – não agasalharia, atualmente, uma tendência de ampliação e radicalização do público, pois a razoabilidade e a proporcionalidade se apresentariam, também, como elementos a serem considerados pelos legisladores[70].

O interesse público, nos termos prescritos na Constituição, inspiraria o legislador a especificá-lo e a criar as mediações entre o público e o privado. Estas leis prescreveriam ao Estado, no exercício da função administrativa, o dever de aplicá-las, nos exatos limites prescritos por aqueles diplomas, sob pena de o Poder Judiciário invalidar os atos produzidos. Em todas estas fases, os indivíduos participariam destes processos de especificação e controle, mediante, por exemplo, a propositura de ações judiciais, ou buscando influenciar os tomadores de decisão[71]. Isto demonstraria, portanto, que a indeterminação do interesse público seria, paulatinamente, reduzida durante a especificação e aplicação dos textos jurídico-normativos[72].

A supremacia não se confundiria, assim, com absolutismo do interesse público. A aludida situação de superioridade exigiria investigar qual é o interesse público específico a que se alude, bem como o texto jurídico normativo que a sustenta.

Assim, o recurso aos textos jurídico-normativos, notadamente à Constituição, limitaria a amplitude semântica[73] da expressão interesse público. Este recurso também definiria quais são os requisitos necessários para configurar a situação de prevalência a qual deve se ligar às referidas finalidades estatais[74].

Estes escopos e a sua supremacia justificariam as restrições à liberdade e outros institutos como os "serviços públicos" e a "responsabilidade extracontratual do Estado"[75]. Logo, o "controle de finalidade", ao identificar-se ao "controle do interesse público", salientaria

---

[70] NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 126, 131 e 134; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Op. cit.*, p. 105. Sobre a interpenetração e a instabilidade das fronteiras entre estas esferas: MOUFFE, Chantal. Desconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia. In: MOUFFE, Chantal. (Orgs.). *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 17; BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 68.

[71] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 75 e 79; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 101; FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Op. cit.*, p. 273 e 276.

[72] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Op. cit.*, p. 116; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 137.

[73] "Como direito e linguagem apresentam ligação visceral, não se cogitando a existência de direito sem a existência de uma linguagem que o exteriorize, a imprecisão da linguagem é transplantada ao direito, não por esse ser impreciso, mas porque imprecisa vez ou outra é a linguagem". (RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Op. cit.*, p. 107, 104-106 e 115-118).

[74] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 81-83; FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Op. cit.*, p. 162; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 41-42 e 58-61.

[75] *Ibid*., p. 59; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 95. Além destes casos, a supremacia sustentaria outras situações e institutos. Por exemplo, os instrumentos que buscam formação de consensos na Administração Pública, pois, atos impositivos e unilaterais poderiam ser precedidos de mecanismos que criem situações de consensualidade; a presença de formalidades para a produção de resultados, pois elas seriam meios para proteger o interesse público que, por ser supremo, necessitaria de um regime jurídico especial de garantia. (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 122-123, 127 e 130.)

que os fins estatais apresentariam caráter vinculante, cujo desrespeito macularia as ações estatais. Esta hipótese se caracterizaria como "desvio de finalidade", cuja apuração perpassaria, por exemplo, investigações sobre os motivos que levaram à edição dos atos administrativos[76].

2.1.4 Subsídios para uma releitura da teoria do interesse público

A descrição da teoria jurídica tradicional sobre o interesse público e os debates entre seus críticos e defensores permitem verificar dois aspectos. De um lado, como a acepção rousseauniana da "vontade geral" foi traduzida para o Direito. Lado outro, os elementos daquela teoria que reclamam atualização face às modificações da esfera pública brasileira e aqueles que passaram a exercer maior protagonismo. Estes aspectos salientam um terceiro, que, também, encontra fundamentos na teoria rousseauniana, mas que resta encoberto pela construção teórico-jurídica: as diferentes funções do interesse público no discurso jurídico deontológico.

Este terceiro aspecto amplia as possibilidades explicativas da teoria do interesse público. Além do elemento objetivo – o temário da esfera pública – ela passa a considerar os sujeitos aptos a atuarem nela e as tentativas dos novos atores em influenciá-la ou dela participar. Ademais, consideram-se os múltiplos instrumentos voltados à produção daquela decisão – o que denota a "diferença de ritmos" e possibilidades de influência e participação individual e gregária naquela esfera. Assim, esta teoria passa a abarcar as nuances da realidade jurídica e social brasileira[77], pois, incorpora "o impacto diferencial do exercício do poder e da expressão do conflito" na definição do que é o interesse público[78].

---

[76] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 71-72, 75 e 79; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 96.

[77] Celso Furtado, ao analisar a conjuntura econômica do início do século XXI, afirmou que, no Brasil, a construção de alternativas às crises econômicas deveriam considerar a cultura e a realidade nacional, o que é uma premissa de qualquer construção teórica. Segundo ele: "O debate sobre as opções com que nos defrontamos exige uma reflexão serena e corajosa sobre a cultura brasileira. A ausência dessa reflexão é responsável pelo fato de que nos diagnósticos da situação presente e em nossos ensaios prospectivos nos contentemos com montagens conceituais sem raízes em nossa história". (FURTADO, Celso. Reflexões sobre a crise Brasileira. *Revista de economia política*, v. 20, n. 4 (80), p. 3-7, out./dez. 2000. p. 5.)

[78] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*: a política social na ordem brasileira. 2. ed. Rio de Jnaeiro: Campus, 1987. p. 14 e 21. Em outras palavras, a releitura da teoria do interesse público deve explicitar: os elementos objetivos e subjetivos que a integram; os sentidos, atribuídos à expressão; as suas possibilidades explicativas; as necessidades que são passíveis de satisfação pela nova forma de compreensão; e o método adotado para se definir o que constituirá o interesse público em cada situação. (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 19-20.)

Para Klaus Günther[79] o discurso jurídico tem pretensão decisória e poderia ser dividido em discurso de justificação e discurso de aplicação[80]. O primeiro objetiva produzir um texto jurídico-normativo – por exemplo, uma lei, um decreto regulamentar ou uma decisão da Corte Constitucional numa ação inserta no controle abstrato de constitucionalidade.

O discurso de aplicação, por sua vez, tem como resultado uma norma de decisão para um dado caso concreto. A produção desta norma de decisão considera os textos jurídico-normativos e os elementos factuais específicos do caso em exame[81] – por exemplo, uma sentença judicial ou um ato administrativo de efeito concreto, como um decreto de desapropriação ou a afetação ou desafetação de um bem público urbano[82].

Assim, embora distintos, estes discursos se inter-relacionam. O discurso de justificação deve considerar aspectos factuais – tomados em abstrato – e deve possibilitar que se chegue, durante o discurso de aplicação, à norma de decisão. Ao passo que o discurso de aplicação tem por pressuposto os textos jurídico-normativos produzidos no discurso de justificação.

---

[79] GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 274-302, 1995. p. 278-279.

[80] Esta divisão do discurso jurídico poderia ser encontrada em Locke e na sua bipartição de poderes. Como recorda Maurizio Fioravanti, ele não admitiria que se reunissem num mesmo indivíduo ou corpo o poder de fazer a lei e o poder de "dispor dos recursos e dos meios", incluindo a coação sobre os indivíduos, necessárias para fazer cumprir esta mesma lei.
No mesmo sentido, Rousseau compreendeu que as funções de criar a lei e de aplicá-la são distintas. A primeira exige atenção aos interesses gerais e deveria ser exercida pelo povo. A segunda exige a criação de medidas particulares e deveria ser exercida pelo governante, que não deveria se confundir com o povo, sob pena deste corromper-se pelos interesses particulares. (FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 93; MIRANDA, Daniel Moreira. Apresentação. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Marseley de Matos Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 18; LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 157; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 182; ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Obras de Jean-Jacques Rousseau*: Do contrato social; Da sociedade geral do gênero humano; Projeto de Constituição para a Córsega; Carta ao Sr. Buttafuoco; Considerações sobre o governo da Polônia; Os projetos de Saint-Pierre; Ensaio sobre a origem das línguas. Rio de Janeiro: Globo, 1962. (Biblioteca dos Séculos, n. 2). p. 93-94.)

[81] Juan Carlos Velasco Arroyo, ao apresentar este artigo de Klaus Günther, afirmou que o discurso de justificação se relacionaria à elaboração do texto jurídico-normativo e, portanto, ocupar-se-ia dos fundamentos de validade deste texto. O discurso de aplicação, por sua vez adotaria critérios voltados a aferição da norma de decisão para um dado caso concreto, mediante a adequabilidade daquele texto jurídico normativo às especificidades daquele caso. (ARROYO, Juan Carlos Velasco. Presentación. In: GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-273, 1995. p. 273. Em sentido, aproximado: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 93.)

[82] Embora sentenças e atos administrativos de efeito concreto sejam normas de decisão, elas encarnam o sentido de interesse público de forma distinta, notadamente quando se esteja diante de atos administrativos discricionários. Ainda que a discricionariedade administrativa se sujeite, atualmente, a inúmeras contenções, o sistema brasileiro da Tripartição de Poderes não autoriza que o juiz substitua o gestor público na expedição de atos discricionários. Assim, o gestor público é quem definirá, no caso concreto que envolva a expedição de atos discricionários, qual será o conteúdo semântico do interesse público específico para aquele caso e, ao fazê-lo, exclui as diversas outras possibilidades que, *a priori*, eram-lhe disponíveis. (MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 29 e 31.). Entretanto, o juiz, ao analisar este ato, não pode substituir o juízo emanado pelo gestor – escolher uma opção que tenha sido excluída por ele. Porém, ele pode decidir que a decisão do administrador não está em consonância ao interesse público. Em suma, portanto, nesta hipótese, o juiz poderia dizer o que não é, mas nunca o que é a opção adequada. (VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 490.)

Para descrever estes aspectos, Günther parte de um modelo normativo ideal. Segundo este modelo normativo, todo o texto jurídico normativo encontraria o seu fundamento discursivo no interesse público, em que cada indivíduo reconheceria que seu interesse particular foi garantido e, por isso, aprová-lo-ia. Os indivíduos atribuiriam um mesmo e único sentido aos vocábulos empregados no texto. Todos aqueles que seriam atingidos pelo texto participariam, livremente e em igualdade, na sua elaboração. Os participantes possuiriam "saber ilimitado" e "tempo infinito", o que lhes possibilitaria preverem todas as consequências e as possibilidades de aplicação do texto.

Dessa forma, o resultado seria um texto jurídico-normativo perfeito. Afinal, qualquer "situação individual" já teria sido considerada na fase de elaboração.

De todas as condições deste modelo ideal, somente a primeira pode ser parcialmente realizada. A dignidade humana – como síntese do temário da esfera pública – e o reconhecimento da "conexão estrutural" – como elemento incontroverso por críticos e defensores da concepção tradicional da teoria do interesse público – permitem afirmar que: o interesse público, na atual conformação da esfera pública brasileira, foi reconduzido aos direitos fundamentais[83]. Esta recondução inseriu a complexidade hodierna na significação daquela expressão e demonstrou a existência, *in abstracto*, de múltiplos interesses públicos, os quais, também abstratamente, garantem a proteção aos interesses particulares.

As demais condições, no entanto, não são realizáveis, nem mesmo parcialmente. A indeterminação é característica da linguagem. Assim, um mesmo vocábulo possui múltiplos sentidos, os quais se alteram no tempo e no espaço. Os indivíduos, por compartilharem uma mesma cultura, compartilham pré-compreensões sobre os possíveis significados a serem atribuídos a cada vocábulo, o que, contudo, impede a homogeneização semântica. A inserção de um novo vocábulo ou texto jurídico-normativo pode ampliar, restringir ou alterar o significado atribuído aos vocábulos já empregados em textos jurídico-normativos em vigor.

Além disso, a participação de todos os destinatários do texto jurídico-normativo é impossível. Não se pode prever todos os indivíduos que serão atingidos por aquele texto. Os mecanismos de participação são múltiplos e apresentam potencialidades distintas. Cada indivíduo ou grupo somente consegue manejar um número reduzido dos mecanismos de

[83] O reconhecimento desta "conexão estrutural" não se aproxima do objetivo do "domínio total" presente no totalitarismo. O objetivo totalitário, conforme Hannah Arendt, identifica-se ao não reconhecimento da individualidade, e, por decorrência, dos interesses individuais, ao passo que a "conexão estrutural" encontraria raízes no reconhecimento de que "os interesses privados" se, "corretamente interpretados", seriam "também os interesses do corpo político", o que, segundo a autora, encontraria um de seus fundamentos em Hobbes e na sua preocupação "em proteger os interesses privados". (ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 168-169 e 385-386.)

participação. Os resultados e potencialidades destes mecanismos variam segundo conjunturas fáticas específicas, o que reforça a impossibilidade de um controle restritivo e de uma previsão de resultados e de uma antevisão de quais serão os indivíduos atingidos. Enfim, como é impossível prever todas as hipóteses de aplicação do texto jurídico-normativo, não se pode falar que os indivíduos terão, concretamente, seus interesses resguardados em todos os casos[84].

O confronto entre o modelo ideal e o real demonstra, portanto, que: o discurso de justificação somente produzirá um texto jurídico-normativo dotado de fundamento de validade, se ele estiver em consonância à Constituição e aos direitos fundamentais que estão no seu cerne[85]. Por sua vez, o discurso de aplicação completa o discurso de justificação, mediante a realização de um juízo de adequabilidade que considera o texto jurídico-normativo válido e a situação fática em exame.

Por exemplo, no discurso de justificação, os legisladores produzirão as leis urbanísticas que atribuirão as afetações urbanísticas de cada parte do território, definindo as destinações que poderão ou que não poderão ser atribuídas aos bens localizados em cada uma destas zonas. Por sua vez, no discurso de aplicação, o ente público considerará as diversas destinações possíveis, as características físicas do bem público, as necessidades da população etc. e, então, selecionará entre as destinações possíveis aquela que, no caso concreto, atenderá concretamente o interesse público.

No discurso de aplicação, portanto, os textos jurídico-normativos não são tomados como normas de decisão, mas como razões "prima facie" para decidir. Eles indicam uma possível norma de decisão e que deve ser considerada face aos outros textos jurídico-normativos relacionados ao caso e às diversas questões fáticas existentes[86].

Logo, os sujeitos aptos a participarem de cada um destes discursos possuem tarefas e limitações distintas. No discurso de justificação, como se objetiva inserir um novo texto jurídico-normativo no sistema, os atores têm maior possibilidade de recorrerem a outros campos

---

[84] GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 284.

[85] Para Roberto DaMatta, haveria, no Brasil, a busca por um elemento totalizante que resolvesse todas as contradições nacionais, o que atrairia os riscos autoritários que caracterizaram as conformações anteriores da esfera pública brasileira. (DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 106-107.) No entanto, considerar os direitos fundamentais como fundamento de validade sobre o qual se desenvolve o discurso jurídico, não significa que a Constituição atribui um fundamento homogêneo, inadequado à complexidade social contemporânea. A multiplicidade e amplitude destes direitos fornecem-lhes a possibilidade de operarem como elemento articulador de várias demandas – o que exige, portanto, a realização permanente de diálogos entre os atores sociais. Ademais, a impossibilidade do retrocesso jurídico, garante-lhes as condições de contribuírem à emancipação social destes mesmos atores, notadamente, aqueles que se encontram na periferia da esfera pública. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 301-305 e 310; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 72.)

[86] GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 281 e 283-284.

de conhecimento[87]. Porém, devem-se considerar, também, alguns elementos do discurso de aplicação. Este é o caso, por exemplo, dos limites deontológicos do discurso jurídico – fundado no binômio licitude/ilicitude –, da descrição das hipóteses de aplicação que possibilitem aferir as circunstâncias que levarão à incidência daquele texto.

No discurso de aplicação, por sua vez, como se pretende produzir uma decisão específica para um determinado caso, impõe-se aos participantes o ônus argumentativo de descrever de forma ampla a situação fática a ser solucionada. Eles devem explicar o porquê de uma "razão prima facie" ser adequada ou inadequada para solucionar um determinado caso. Eles devem selecionar, segundo as especificidades do caso, os sentidos dos vocábulos empregados por aquele texto – o que denota que esta atribuição de sentidos é provisória e instável, já que as especificidades dos casos não são totalmente reprodutíveis[88].

Estas descrições permitem perceber que a indeterminação – característica da linguagem – da expressão "interesse público" – reconduzida à realização dos direitos fundamentais – não é um "defeito", mas um indicativo da pluralidade semântica inerente àquela expressão[89]. Assim, esta pluralidade se caracteriza, num primeiro momento, como um recurso legislativo que garante o fundamento discursivo mínimo para se iniciar o discurso de

---

[87] HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luíza C. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. v. 1. p. 76-77. Esta forma de aferição do interesse público incorpora parte das orientações de Amartya Sen acerca dos elementos que permeiam o processo decisório democrático sobre o que é visto como relevante pela coletividade. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 99-101 e 134.)

[88] Dessa forma, os processos de produção dos textos jurídico-normativos e das decisões específicas para cada caso têm o condão de reduzir as incertezas e produzir uma decisão que – dentro das limitações de tempo e incompletude do conhecimento – possa solucionar aquele caso. É, neste sentido, que a decisão se mostrará definitiva.
No entanto, novos elementos que informem o processo decisório podem gerar a reavaliação daquela decisão ou o câmbio da orientação inaugurada por aquela primeira decisão – o que denota o seu caráter instável e provisório. (GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 296-297, 300 e 284-294.) A instabilidade e a provisoriedade, portanto, denotam que as decisões sempre estarão sujeitas às críticas e às oposições, o que afastaria o risco de homogeneidade e de "sutura totalitária", conforme a terminologia de Laclau e Mouffe. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 307-310.)

[89] Nesse sentido, as críticas de Hayek acerca da indeterminação do conteúdo do interesse público são reordenadas. (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p 78.) A Constituição prescreveria o seu conteúdo – geralmente como finalidades a serem alcançadas – e as atuações estatais ligadas às funções legislativa, administrativa e jurisdicional as realizariam, em consonância aos aspectos conjunturais existentes em cada momento. Nesta tarefa de realização, portanto, o Estado estaria limitado pela finalidade a ser alcançada e pelos direitos fundamentais no que tange, por exemplo, ao fato de que eles se apresentam como direitos de defesa contra o Estado. Assim, a viabilidade de qualquer ação governamental não deve considerar somente a "governabilidade", como propalado por Luiz Carlos Bresser Pereira, mas deve se pautar, primordialmente, pelos limites e comandos constitucionais. (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90*: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE reforma do estado; v. 1). 46.)

justificação[90]. Todavia, esta pluralidade é, paulatinamente, reduzida à medida que os participantes do discurso de justificação, ao considerarem circunstâncias factuais e elementos específicos, inserem descrições e precisões nos textos jurídico-normativos que eles produzem. Nestas hipóteses, eles contribuem para a redução da indeterminação ao tornarem mais densos os significados dos vocábulos empregados[91].

Nesse sentido, recorde-se da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados[92]. Segundo esta teoria, o ordenamento jurídico seria repleto de conceitos jurídicos indeterminados – como, por exemplo, o "interesse público", ilustração clássica empregada pelos adeptos desta construção teórica. Entretanto, tais conceitos não seriam sempre indefinidos, pois a sua determinação se daria no caso concreto, quando se analisassem as especificidades do caso, face às descrições constantes dos textos jurídico-normativos.

Assim, segundo esta teoria, os conceitos seriam compostos de três zonas. A zona de certeza positiva, na qual os elementos descritivos constantes dos textos jurídico-normativos se fazem presentes na situação fática em exame, ou seja, esta situação é uma realização fenomênica da descrição normativa. A zona de certeza negativa, na qual os elementos descritivos constantes dos textos jurídico-normativos não se fazem presentes na situação fática

---

[90] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 98. Para Müller, a compreensão da indeterminação como um "defeito" do texto jurídico-normativo remonta ao mito positivista. Segundo este mito, as leis regulariam todos os aspectos da vida e os vocábulos e conceitos nela empregados ofereceriam um número determinado de axiomas. Assim, a solução seria encontrada por meio de uma subsunção silogística. (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho o direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167.)

[91] Neste sentido, poder-se-ia dizer, juntamente com Locke, que, durante o discurso de justificação para a produção de leis, aos legisladores caberia filtrar o interesse público específico para dada situação, traduzi-lo para o código do direito e inseri-lo no ordenamento. (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 158.)

[92] Esta teoria foi adotada, no Brasil, como uma forma de possibilitar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Karl Engish, ao tratar do tema, afirmou que os conceitos poderiam ser divididos em duas ordens: os absolutamente determinados, caracterizados por se referirem a conceitos numéricos, e os indeterminados, que seriam a regra dentro do ordenamento jurídico.
Os conceitos indeterminados se subdividiriam em conceitos descritivos e conceitos normativos. Os conceitos descritivos designariam objetos perceptíveis pelos sentidos, como por exemplo, "escuridão, cuja determinação decorreria da experiência humana. Os conceitos normativos, cujo grau de indeterminação seria elevado e cuja determinação se daria "caso a caso, através de atos de valor". (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1983. p. 208-214.)
Katherine de Macêdo Maciel Mihaliuc afirma que os conceitos de valor se distinguiriam dos conceitos normativos. Aqueles envolveriam um juízo valorativo, enquanto estes se completam em um texto normativo.
Além disso, seria admitida uma outra classificação. Os conceitos indeterminados vinculados que são preenchidos por meio da confrontação da norma com o caso concreto, em que a situação real confere um único sentido ao vocábulo indeterminado. Os conceitos indeterminados não-vinculados que se referem a mais de uma significação plausível, podendo ou não ser discricionário. Nesta última hipótese, atribuir-se-ia ao aplicador a possibilidade de "preenchimento do conceito" mediante a conveniência e oportunidade de uma entre as várias alternativas possíveis, todas consideradas juridicamente válidas. Enfim, ter-se-iam os conceitos de prognose, definidos pela sobredita autora, como "um juízo de probabilidade, uma afirmação sobre um evento futuro". (MIHALIUC, Katherine de Macedo Maciel. *Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados:* estudos face de um paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 64-67.)

em exame. Isto é, esta situação estaria excluída do conceito, por inexistirem os referidos elementos.

A zona de incerteza ou zona gris se localizaria entre as duas anteriores. Nela, não se poderia afirmar, imediatamente, que os elementos descritivos constantes dos textos jurídico-normativos estão ou não presentes na situação fática em exame, o que exigiria que tais situações fossem conduzidas para uma das duas anteriores.

Dessa forma, as descrições e precisões realizadas no discurso de justificação contribuem para movimentar as fronteiras entre os três compartimentos ou zonas dos conceitos, reduzindo a indeterminação da expressão "interesse público". Esta redução da indeterminação possibilita que, durante o discurso de aplicação, afira-se a norma de decisão que solucionará um dado caso concreto.

Logo, a subdivisão do discurso jurídico aponta para a distinção entre textos jurídico-normativos e as normas de decisão de um dado caso, porquanto, estas são "os sentidos construídos" a partir daqueles, sem que exista entre ambos uma correspondência biunívoca. Afinal: pode haver norma sem texto escrito que a explicite; ou, ainda, pode ser que de vários textos jurídico-normativos advenha uma única norma de decisão; ou, enfim, pode ser que de um único texto jurídico-normativo provenham inúmeras normas de decisão[93].

Nesse processo de construção de sentidos voltados à produção de uma norma de decisão para um dado caso, Friedrich Müller desenvolveu a sua "metódica de concretização"[94].

---

[93] Os princípios jurídicos implícitos seriam ilustrações das duas primeiras possibilidades, já que seriam aferidos de vários textos jurídico-normativos que não os nomeariam de forma explícita – o que, aliás, poderia ser encontrado no §2º, do artigo 5º, da Constituição. O direito à livre locomoção, por sua vez ilustra a terceira hipótese, já que dele proviriam inúmeras decisões voltadas a garantir o direito de ir e vir, e, também, o direito de permanecer. Para Humberto Ávila haveria, ainda, uma quarta hipótese: textos que não originam nenhuma norma decisória concreta, como seria o caso do Preâmbulo da Constituição. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22-23.)

[94] Segundo Müller, a "metódica" concretista seria um "conceito abrangente de 'hermenêutica', 'interpretação', 'métodos de interpretação' e 'metodologia'". Ao especificar cada um destes elementos, ele afirmou que: " 'Hermenêutica' não se refere aqui à tradicional doutrina da técnica retórica na sua aplicação à ciência jurídica, mas às condições de princípio de concretização jurídica normativamente vinculada do direito. 'Metodologia' significa no sentido tradicional a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato das normas jurídicas, como e. g. a interpretação gramatical ou sistemática, o procedimento analógico e regras similares. Em contrapartida, 'hermenêutica' refere-se à teoria da estrutura normativa jurídica dos *pressupostos* epistemológicos e de teoria do direito da metodologia jurídica. Por fim, 'interpretação' ['Interpretation' ou 'Auslegung'] diz respeito às possibilidades do tratamento jurídico-filológico do texto, i. e., da interpretação de textos de normas. Ocorre que uma norma jurídica é mais do que o seu texto de norma. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto. Assim, a 'metódica' no sentido aqui apresentado abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e de realização do direito, mesmo à medida que elas transcendem – como a análise dos âmbitos das normas, como o papel dos argumentos de teoria do estado, teoria do direito e teoria constitucional, como conteúdos dogmáticos, elementos de técnica da solução e elementos de política jurídica bem como constitucional – os métodos de interpretação [Auslegung] ou interpretação [Interpretation] no sentido tradicionalmente restringido". (MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 2-3, 37 e 38.)

Ela propiciaria aos participantes do discurso de aplicação a intervenção no processo decisório, bem como o seu controle sobre ele[95]. Nesse sentido, ao estudar a estrutura das normas de decisão, ele afirmou que esta possuiria dois componentes: o "programa da norma" e o "âmbito da norma".

O "programa da norma" se referiria à ordem jurídica, ou seja, ao texto jurídico-normativo, fruto do discurso de justificação. O "âmbito da norma" se relacionaria à parcela da realidade fática e jurídica regulada por aquele texto:

> O teor literal expressa o 'programa da norma' a 'ordem jurídica' tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, i. é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não gerado pelo direito.
> [...]
> Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa. O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformados de modo ao menos parcialmente jurídicos[96].

Assim, a movimentação das fronteiras entre os três compartimentos ou zonas do "conceito jurídico" não eliminam a sua pluralidade de sentido, mas a reduzem. Esta redução está corporificada nos textos jurídico-normativos válidos, produzidos no discurso de

---

[95] Hayek empregou a expressão "interpretação construtivística" como gênero, do qual seria espécie o utilitarismo. Segundo ele, os textos jurídico-normativos seriam criados a partir da experiência – pela verificação da repetição de dadas condutas – e objetivariam preservar uma dada "ordem de ações". Os textos jurídico-normativos seriam, portanto, construídos com uma alta carga de abstração para regularem condutas não imaginadas no momento de sua criação – as quais, porém, deveriam manter a aludida ordem.
Nesse sentido, o direito se constituiria como um meio para a produção de fins que não seriam previamente determináveis. A atualização do direito deveria se operar dentro da lógica jurídica – atentando-se, principalmente, para a tradição angariada a partir da aplicação dos textos abstratos a situações concretas. O juiz, no momento de aplicar a lei, deveria se empenhar "na manutenção de uma ordem abstrata, sem levar em conta os resultados particulares previstos", pois isto valorizaria os aspectos imediatistas em detrimento da manutenção desta "ordem perene". (HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luíza X. de A. Borges. São Paulo: visão, 1985. v. 2. p. 18-26 e 32.)
Não obstante esta orientação forneça fundamentos e encontre diversos pontos de contato com a construção teórica aqui desenvolvida, ela não se mostra de toda adequada. Inicialmente, reconhece-se que o ordenamento jurídico-constitucional fornece os fins a serem buscados no discurso jurídico. Ademais, a acepção hayekiana poderia indicar um certo grau de imobilismo do ordenamento jurídico, o que não corresponde à prática de sua atualização – que, por vezes, realiza-se mediante a quebra de uma tradição.
Outrossim, não se pode afirmar que o método aqui proposto – muito menos a metódica concretista de Müller – caracterize-se como utilitarista, nos termos propostos por Hayek. Afinal, uma norma de decisão é adequada quando soluciona um dado caso em consonância à Constituição. O juiz, ao decidir um caso, deve analisar os efeitos de sua decisão, não somente no plano abstrato, mas no caso concreto, já que a norma de decisão é um construído a partir dos elementos contextuais apresentados por este mesmo caso.

[96] MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 38.

justificação, os quais, portanto, estão em vigência. Logo, no discurso de aplicação, a produção da decisão deve se valer, primordialmente, de métodos interpretativos que se refiram ao direito vigente – ou seja, a interpretação literal e a interpretação sistemática – para definir os limites semânticos dentro dos quais se realizará a concretização.

A interpretação literal, portanto, permite a seleção dos diversos significados dos vocábulos empregados no texto – os quais se referem aos múltiplos sentidos da expressão "interesse público" e indicam possíveis normas de solução[97]. A interpretação sistemática, ao considerar outros textos jurídico-normativos incidentes no caso, contribui para reduzir, ainda mais, aquela multiplicidade semântica. Esta, ao ser confrontada ao contexto que exige uma solução – os elementos fáticos do caso específico – permite selecionar o significado do "interesse público" adequado àquele caso.

É, neste sentido, que: os textos jurídico-normativos não são a decisão de um caso em si, mas razões "prima facie" para decidir. Ademais, a norma de decisão, proveniente do discurso de aplicação não é dependente do caso, mas a ele se refere. Outrossim, a norma de decisão, embora provisória e instável, é única para cada caso concreto[98]. Enfim, a racionalidade jurídica exige que os textos jurídico-normativos considerem os seus respectivos contextos – seja o contexto que levou a criação do texto jurídico-normativo, seja o contexto que contribuiu para a produção da norma de decisão para o caso[99].

---

[97] Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão afirmou que toda a interpretação jurídica está limitada pelos sentidos fornecidos pelos vocábulos que compõem aquele texto jurídico normativo. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 11.)

[98] Afirmar que a norma de decisão é única para cada caso concreto não impede o uso dos precedentes jurisdicionais. Na verdade, a sua utilização exige a compatibilidade de elementos essenciais entre o caso paradigma e o caso específico – os quais não podem ser relegados a segundo plano, como parece querer defender Hayek. (HAYEK, Friedrich August von. *Direito... v. 2*, p. 16-18.)

Na verdade, afirmar que a norma de decisão será única significa reconhecer que as condições do caso em exame não são totalmente reprodutíveis. Ainda que o mandamento nela contido possa ser encontrado em diversas outras normas de decisão, ainda assim, existirão especificidades – por exemplo, as partes envolvidas, o destinatário desta norma etc.

Ademais, a possibilidade de recurso contra esta norma de decisão também não modificaria esta ilação. Toda a decisão é construída a partir de um determinado conjunto de informações produzidas durante o *iter* processual. O recurso contra esta decisão, no entanto, produzirá uma nova decisão que, além dos elementos que geraram a decisão atacada, deverá considerar, as novas manifestações das partes, bem como a própria decisão recorrida. Logo, o caso apresenta outras e novas especificidades, o que autorizaria afirmar que se trata, em certa medida, de um novo caso.

Para Klaus Günther, a consideração das circunstâncias factuais, no discurso de aplicação, possibilitaria uma aproximação ao modelo ideal do discurso jurídico. Haveria inúmeras normas válidas "prima facie", todas com possibilidade de gerar a norma de decisão, mas, somente uma delas – ou uma forma de ordená-las, conforme o caso – mostrar-se-ia adequada. (GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 283 e 285. Em sentido aproximado, mas tratando do controle da discricionariedade com fundamentos na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados: ENTERRÍA, Garcia de *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...*, p. 111-112.)

[99] Gilmar Mendes, ao analisar a obra de Peter Häberle, afirmou que o doutrinador alemão já havia afirmado que "não existe norma jurídica, senão norma interpretada". Isto é, texto jurídico-normativo integrado no "tempo" e na "realidade pública". (MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista

Dessa forma, o "interesse público" apresenta funções diferentes, as quais apresentam maior primazia conforme a fase do discurso jurídico. No início do discurso de justificação, ele opera, principalmente, como fundamento de validade. Durante o discurso de justificação, quando se operam as várias tentativas de atribuir-lhe densidade semântica, ele indica o fim a ser buscado. No discurso de aplicação, ele é, primordialmente, o resultado do processo de concretização[100].

Vê-se, assim, que estas várias funções estão encadeadas logicamente. Não haveria razão em se falar de um fundamento que não apontasse para uma finalidade a ser concretizada no plano fático. Também, não se conceberia uma finalidade que fosse desprovida de uma base que a sustentasse ou da busca pela sua realização. Enfim, não haveria sentido em se falar de um resultado, desprovido de sustentação e que não se dirigisse a realizar um determinado escopo[101].

Esta diversidade de funções salienta, assim, que o interesse público apresenta "diferenciadas densidades normativas"[102]. A sua descrição nos textos jurídico-normativos se relaciona aos direitos fundamentais, às normas constitucionais e infraconstitucionais – como, por exemplo, as normas definidoras de "competência" – e aos diversos processos decisórios[103]

---

e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 9-10.)

[100] A compreensão do interesse público como um resultado do processo de aplicação/interpretação do direito também é defendida pelos críticos da teoria do interesse público. No entanto, a orientação destes autores se funda em outros pressupostos exegéticos.
Para Luís Roberto Barroso, o interesse público não seria passível de ponderação. Ele seria o "parâmetro da ponderação", o que identificaria o "interesse público primário" à "melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que os intérpretes cabem preservar ou promover".
Para Gustavo Binenbojm, o interesse público legítimo é o resultado de um "raciocínio ponderativo" que se vale do postulado da proporcionalidade entre os interesses privados e aquilo que tradicionalmente se considera como interesse público, cujo resultado, seria o "melhor interesse público". Enfim, para Humberto Ávila, os interesses privados e públicos somente poderiam "ser descritos como resultado de uma análise sistemática" que considera as "prescrições constitucionais e legais", as quais seriam "juridicamente decisivas" para a resolução dos casos concretos. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. xvi; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 169 e 153; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 115; ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 191, 200-201 e 237.)

[101] Este encadeamento abrange a tese de Hayek, segundo a qual: o interesse público inscrito nos textos jurídico-normativos deveria ser abstrato para auxiliar os indivíduos na consecução de grande variedade de propósitos individuais que são, *a priori*, desconhecidos. (HAYEK, Friedrich August von. *Direito... v. 2*, p. 6 e 7.) Todavia, este encadeamento ultrapassa a sobredita orientação. Ele reconhece que, durante os diversos discursos, realiza-se um processo de preenchimento semântico que, sem impedir a atividade individual, confere substância ao interesse público. Esta ilação demonstra um outro efeito da interconexão é dirigir a atuação dos atores sociais à realização de fins específicos e objetivos concretos, o que contribuiria para a redução dos riscos da alienação ideológica de que tratou Hannah Arendt. (ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 372-373.)

[102] HÄBERLE, Peter *apud* ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 192.

[103] Nesse sentido, a ampliação subjetiva da esfera pública indica a importância dos mecanismos de participação para a definição do interesse público. A "processualização que acompanha os desafios do Estado contemporâneo" oportuniza a manifestação dos indivíduos que, direta ou indiretamente, serão atingidos por tais medidas estatais. Dessa forma, a "processualização" é, ao mesmo tempo: uma forma de afastar o "autoritarismo estatal"; e um meio de multiplicar os "centros de decisão" mediante a atuação dos sujeitos na defesa de suas pretensões individuais ou gregárias. (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 148-149 e 151.)

inerentes à conformação hodierna da esfera pública[104], o que, aliás, coaduna-se à orientação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atingem o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como exemplificativamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações. Não se pode dizer que seja indeterminado o interesse público presente na rescisão unilateral de um contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público; ou que seja indeterminado o interesse público inspirador de um tombamento ou de uma desapropriação; ou que seja indeterminado o interesse público a ser protegido em um procedimento de licitação[105].

A ilustração do contrato administrativo permite reavaliar outra característica do interesse público apontada pela doutrina: a mutabilidade do interesse público. Se para Maquiavel, conforme Chevallier, o Príncipe não estava obrigado a cumprir as avenças firmadas, a partir do Estado Liberal, o cumprimento dos contratos – públicos e privados – tornou-se uma exigência, somente se admitindo o descumprimento em situações excepcionais[106]. No entanto, a concretização, ao considerar os aspectos fáticos e circunstanciais durante o discurso de aplicação, demonstra que a mutabilidade do interesse público se relaciona às alterações do contexto sobre o qual se realiza o discurso de aplicação – cuja consequência é afastar uma dada razão "prima facie", por torna-la inadequada à situação fática apresentada[107].

Assim, no tocante à rescisão unilateral do contrato, esta somente será lícita se os aspectos fáticos e circunstanciais levarem a uma alteração do contexto que exija o descumprimento do acordo. Isto porque, cumpri-lo significaria atentar contra os fundamentos e finalidades prescritos no ordenamento jurídico[108].

---

[104] ÁVILA, Humberto. *Repensando...*, p. 214-215 e 192.

[105] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 98.

[106] CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 39.

[107] Como o interesse público referente a um determinado caso não é um dado *a priori*, mas um construído, a sua "mutabilidade" operaria de forma semelhante à descrição que Ernesto Laclau e Chantal Mouffe fizeram da "articulação" dos elementos num discurso. As razões de decisão "prima facie" seriam influenciadas pelos elementos fáticos e circunstanciais do caso e somente se completaria o sentido do "interesse público" com tais elementos. Assim, uma atribuição de sentido inicial ao interesse público seria instável porque sujeita às alterações deste contexto, as quais poderiam modificar o sentido originalmente atribuído. Logo, não haveria um sentido pronto de interesse público, no discurso de aplicação, pois ele dependeria das diversas articulações possíveis entre os elementos do caso – o que explicaria o caráter instável e temporário desta atribuição de sentido. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 177-179, 184, 186-190, 233, 9 e 18.)

[108] O Ente Público, antes de firmar contratos administrativos, deve realizar verdadeira investigação sobre os impactos e danos que a realização do objeto do contrato poderá causar nos diversos bens juridicamente tutelados. Assim, chega-se a um impasse: a omissão quanto à realização destas análises não é uma causa

Não obstante a diversidade de funções, os referidos discursos estão interconectados. Afinal, como se afirmou, os textos produzidos no discurso de justificação são pressupostos do discurso de aplicação.

Além disso, as normas de decisão, ao preencherem o sentido dos vocábulos empregados no texto jurídico-normativo, fornecem elementos a serem considerados para a produção dos aludidos textos, no discurso de justificação. Além disso, fornecem, também, fundamentos – por exemplo, jurisprudenciais – para a realização da concretização, os quais serão considerados durante a realização da interpretação sistêmica, cujo poder de determinar a decisão varia de um sistema jurídico nacional para outro. Estas interconexões são, portanto, elementos importantes à atualização do direito e, consequentemente, do que se entende por interesse público.

Estas considerações poderiam levar à falsa impressão de que o "interesse público" se reduziria a um mero conceito, ainda que indeterminado, que admitiria somente o seu estudo linguístico. No entanto, este expediente metódico demonstra que o "princípio do interesse público"[109], enquanto elemento formador do sistema jurídico[110] – é um texto e, como tal, possui

---

justificadora da rescisão unilateral; mas, admitir que o objeto do contrato se realize, no plano fático, também pode ser prejudicial ao interesse público.
Logo, está-se diante de uma hipótese de descumprimento de contrato cuja responsabilidade deve ser imputada ao Ente Público. Isto enseja a condenação do Ente Público conforme as sanções prescritas no instrumento contratual e na legislação aplicável, bem como, a responsabilização, mediante direito de regresso, contra o agente público que deu causa à omissão.

[109] Também para Paulo Ricardo Schier o interesse público seria um princípio constitucional implícito. (SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 244.) Este princípio foi explicitado no plano infraconstitucional pela Lei n. 9784, de 29 de janeiro de 1999, que, no *caput*, do artigo 2º, prescreve: "Art. 2º – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

[110] O sistema jurídico se caracterizaria pela unidade interna e pela adequação da ordem jurídica. Estas características se fariam perceber pelos princípios gerais de direito que, segundo Canaris, seriam os elementos formadores deste sistema. Para o autor, um sistema formado por princípios seria dotado de maior racionalidade do que um sistema formado por regras, conceitos, institutos jurídicos e valores.
Segundo ele, o sistema não poderia ser formado por regras, pois não poderia uma regra aglutinar as demais – as regras não se uniriam por si só, o que exigiria uma regra superior que as aglutinasse, sob pena de o sistema perder a sua unidade. No entanto, esta regra aglutinadora seria superior ao próprio sistema e excluiria outros textos jurídico-normativos de tessitura aberta, como os princípios, notadamente aqueles que não são passíveis de uma explicitação na forma de regras devido ao seu alto grau de abstração.
No que tange a um sistema formado por conceitos gerais de Direito, estes deveriam ser teleologicamente preenchidos para garantir a unidade interna do sistema. Contudo, isto exigiria um alto grau de precisão vocabular que dificultaria a atualização do direito – já que não se acompanharia a evolução da linguagem – e impossibilitaria o próprio discurso jurídico.
No que se refere ao sistema de institutos jurídicos, este também não seria dotado de capacidade unificadora, pois cada instituto é formado pela união de vários elementos jurídicos que lhe dão sentido e definem o seu regime jurídico. Porém, se os institutos fossem investigados em profundidade, ver-se-ia que os princípios jurídicos são os elementos que os formam – o que também se aplicaria ao sistema de conceitos gerais de direito.
O sistema como ordem de valores seria possível, pois cada ordem jurídica se baseia em valores superiores cuja proteção ela serve. Todavia, os valores são princípios gerais da normatividade, por indicarem a necessidade de se criar normas em dado sentido, mas não possuem a coercibilidade inerente às normas jurídicas: "[...] o princípio está num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a

um significado, que o torna cognoscível pelo Estado e pelos diversos sujeitos habilitados a atuarem na esfera pública[111]. Afinal, se não fosse possível extrair essa significação, seria impossível a aplicação do interesse público – seja de forma impositiva, seja de forma consensual – ou exigir que qualquer um agisse em consonância à sua carga deontológica[112].

Dessa forma, a atenção a estas nuances do interesse público objetiva salientar esta carga deontológica para demonstrar quais as condutas seriam a ela adequadas. Porém, esta abordagem e a atenção ao *iter* de preenchimento semântico impacta nas características que a doutrina atribuiu ao interesse público, fazendo-se necessário esquadrinhar os aludidos impactos. É o que se passa a fazer.

2.1.4.1 Os direitos fundamentais como conteúdo do interesse público

A compreensão da pretensão decisória do discurso jurídico e a sua subdivisão em discurso de justificação e discurso de aplicação, reforçam a tese de Carnelutti, segundo a qual, o direito se volta à necessidade de evitar a desagregação social advinda da autotutela. Assim, o Estado teria avocado a solução dos conflitos de interesse e, para evitar a arbitrariedade, preestabeleceu, conforme os pressupostos liberais racionais, comandos abstratos que vinculavam as decisões de tais demandas[113]. Aí está, portanto, o fundamento para que o professor Dalmo de Abreu Dallari, afirme que a finalidade se apresenta como elemento essencial dos Estados modernos, pois justifica a integração dos indivíduos em dada comunidade

---

bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica. O princípio ocupa, pois, justamente o ponto intermédio entre o valor, por um lado e o conceito por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração". (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Calouste Gubelkian, 1989. p. 76-88.)

[111] Esta abordagem incorpora alguns dos elementos que Peter Häberle considera necessários para a instituição de "bons métodos de interpretação". Ele é aberto a novas demandas, sujeitos e exegeses. Ele é garantidor dos direitos fundamentais e da participação popular, notadamente dos grupos minoritários. Ele não afasta a complexidade inerente advinda dos elementos fáticos que precedem o discurso de aplicação. Ele se volta a definir e, portanto, limitar a atuação e o poder do Estado. Ele busca o consenso, mas sem afastar a possibilidade do dissenso inerente à democracia. (HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 43 e 53-55.)

[112] LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 160; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 351-352. Portanto, conforme Humberto Ávila, o expediente acima descrito denota a importância em se definir qual é o conteúdo do interesse público. (ÁVILA, Humberto. *Repensando o...*, p. 199.)

[113] CINTRA, Carlos Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 20-29.

política, ao mesmo tempo em que considera tanto o Estado[114] e seus poderes como meios para a efetivação daquele escopo:

> [...] o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social [em consonância, portanto, à construção do Estado de Bem-Estar Social], que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana, mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o *bem comum de um certo povo, situado em determinado território*. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo[115]. (itálico no original)

A análise do temário da esfera pública brasileira contemporânea indica que a finalidade do Estado Democrático de Direito, inaugurado em 1988, é a realização da "dignidade da pessoa humana"[116] que exige a efetivação dos direitos fundamentais – verdadeiras facetas desta mesma finalidade[117]. Logo, o Estado não se apresenta como um fim em si mesmo, mas como um instrumento propiciador da emancipação dos indivíduos[118] – obtida mediante a efetivação dos direitos fundamentais[119]. Esta emancipação é vista como processo em que a

---

[114] Além de Dalmo de Abreu Dallari, outros estudiosos da Teoria Geral do Estado adotaram esta orientação, como, por exemplo, Hermann Heller e Alexandre Groppali. Este último compreendeu que o Estado possui fins essenciais – a defesa contra inimigos externos e a manutenção da ordem interna – e fins complementares e integrativos. Estes teriam, a partir da Segunda Grande Guerra, caráter solidarista – por serem inspirados em pressupostos socialistas e do Estado de Bem-Estar Social – e objetivariam fornecer "garantias sociais" aos indivíduos, as quais se relacionariam aos direitos fundamentais de segunda geração/dimensão. (HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 245; GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p.141-146.)

[115] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit*, p. 94-95. Assim, Dalmo de Abreu Dallari reconhece na "Doutrina Social da Igreja Católica" um elemento de síntese da finalidade estatal, o que, também foi reconhecido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como já se afirmou quando se apresentaram as orientações dos defensores da concepção tradicional da teoria do interesse público.

[116] "O que sobreleva, no entanto, é o fato de que qualquer demanda social que importe em sacrifício ou afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser abraçada pelo interesse público e pelo Direito, já que a dignidade, de si, conteúdo ético, supera tal plano e se insere no Direito como fundamento normativo, síntese da liberdade e da igualdade". (PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 395).

[117] COSTA, Igor Sporch da. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2007. p. 35-41; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 192-193, 324, 334 e 594.

[118] "Em uma de suas dimensões – talvez a mais importante –, o princípio da dignidade da pessoa humana, proclama como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais". (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, p. 83 e 96.)

[119] Esta relação meio/fim se adequa à exegese que Juarez Freitas realiza a partir do direito fundamental à boa administração. Segundo ele, o "Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas", em que a legitimidade de tais escolhas se funda na sua consonância aos direitos fundamentais. Isto é, "os princípios constitucionais, para além das regras", determinam "a obrigação de o administrador público justificar, na tomada das decisões, a eleição dos pressupostos de fato e de direito". (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública:* a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão, a era da motivação administrativa, a responsabilidade do Estado por ações e omissões, a releitura de institutos à luz do direito à boa administração, os princípios da prevenção e da

autonomia privada somente é assegurada quando, ao mesmo tempo, ativa-se a "autonomia cívica"[120] – o que afasta a terminologia alessiana, fundada nas teses de Piccardi, para quem, os interesses dos indivíduos seriam secundários. Afinal, se tais interesses encontram sustentação nos direitos fundamentais, os mesmos não têm um papel subalterno face ao Estado, já que eles são sua própria razão de ser[121].

Esta exegese forneceu novas perspectivas de análise às afirmações de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da relação entre os interesses público e privado e a possibilidade de os indivíduos defenderem o interesse público. A concretização dos direitos fundamentais é o núcleo da ideia de interesse público. Isto é, quando se "invoca o 'interesse público' somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais"[122]. Assim, cabe ao Estado apenas "geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos"[123].

---

precaução, o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano, a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 9-10.)

[120] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 42, 153 e 163.

[121] Esta identificação significa que a realização dos direitos fundamentais é o escopo estatal e que o Estado está limitado por estes direitos. Dessa forma, objetiva-se: afastar o risco do "domínio total"; possibilitar a atualização do ordenamento jurídico; e incorporar a criatividade humana e as incoerências sociais. Afinal, como afirmava Hannah Arendt: "É principalmente em benefício desse supersentido, em benefício da completa coerência, que se torna necessário ao totalitarismo destruir todos os vestígios do que comumente chamamos dignidade humana. Pois, o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens ou de todas as nações como entidades, como construtores de mundos ou co-autores de um mundo comum, nenhuma ideologia que vise à explicação de todos os eventos históricos do passado e o planejamento de todos os eventos futuros pode suportar a imprevisibilidade que advém do fato de que os homens são criativos, de que podem produzir algo novo que ninguém jamais previu". (ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 488, 507 e 510-511.)

[122] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 67. No mesmo sentido: LELIS, Davi Augusto Santana de. Uma teoria do interesse público. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*: estudos em homenagem ao professor Luís Roberto Barroso e em comemoração dos vinte anos do curso de direito da UFV. Viçosa: UFV, 2014. p. 168-169, 175-176, 178 e 180.

[123] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 36; FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 820; JEFFERSON, Thomas *apud* SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 391.
Para John Rawls, os temas que compõem o interesse público nascem na sociedade e não no Estado – as ações estatais poderiam fomentar o silêncio ou mobilização social, o que indicaria aprovação ou desaprovação destas medidas e, neste caso, a necessidade de sua reorientação. Para Seyla Benhabib, porém, embora Rawls reconheça esta relação, ele restringe a razão pública ao âmbito estatal, o que, para Sérgio Buarque de Holanda, atribuiria aos "programas e instituições" a função de gerar diretamente a "perfeição dos povos e dos governos". Esta concepção, contudo, é superada pela recondução do interesse público aos direitos fundamentais o que atribui ao Estado a função de gestor deste interesse. Isto reconheceria a importância dos programas e instituições para a realização daqueles direitos, mas não desconsideraria que tais direitos, assim como toda a Constituição, estão abertos à "interpretação de vários atores". Para uma análise destes debates: RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 145-192; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26, ed, São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 179; BENHABIB, Seyla. *Op. cit.*, p. 59-64; HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 23; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 22-23 e 76-78 e 111-113. Para uma crítica sobre a tese que considera o Estado como detentor do interesse público: LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 306 e 309-310; DAMATTA, Roberto. *Em torno...*, p. 676-677.

Porém, dizer que a coletividade é a titular do interesse público, não significa desconsiderar a importância do Estado na realização do interesse público[124]. Ao mesmo tempo, isto não significa atribuir personalidade jurídica ao elemento povo, como se este fosse um corpo homogêneo, mas implica no reconhecimento de que cada indivíduo é titular de todo o interesse público[125].

Logo, a identificação do interesse público à realização dos direitos fundamentais tem por consequências afastar a tese alessiana dos interesses privados dos indivíduos como secundários e a ideia de uma colisão abstrata entre estes e aquele. Ademais, conforme Maria Tereza Fonseca Dias[126], a "conexão estrutural" e a tensão existente entre a esfera pública, identificada com a ideia de soberania popular, e a esfera privada, relacionada aos direitos fundamentais[127]. Por esta razão é que o Estado – quando no exercício da função administrativa – privilegia um interesse legítimo do particular não está atuando com desvio de finalidade, pois, "a satisfação de um [interesse individual] pode representar, igualmente, a promoção do outro [interesse público]"[128].

---

[124] NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 142. Na verdade, reconhece-se, conforme a doutrina de Peter Häberle, a existência de variados graus de responsabilização para a realização e tutela do interesse público. (HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*)

[125] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 222 e 338-339 e 650. Dessa forma, possibilita-se a defesa do "interesse público" sem que para tanto seja necessário recorrer à categoria "povo" que apresentaria dificuldades jurídicas concretas para justificar a defesa do interesse gregário pelos indivíduos. Afinal, se o povo fosse titular do interesse público, o indivíduo que intentasse uma ação para defender tal interesse deveria ser considerado representante do "povo" e, portanto, de si mesmo, o que contrariaria o instituto da representação processual.
Ademais, este indivíduo não possuiria um ato jurídico que autorizasse esta representação. Enfim, se alguns dos integrantes do "povo" discordassem dos atos do "representante processual" – por considerarem que a demanda por ele defendida não atendem ao interesse público – não poderiam revogar o mandato deste representante, já que o mesmo é inexistente. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 207-208 e 246-247. Peter Häberle chegou a conclusão semelhante a esta, mas a fundou sobre a crítica à concepção rousseauniana de "soberania popular" que, segundo ele, não se ajustaria à democracia contemporânea, edificada sobre o "domínio do cidadão". Para mais informações: HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 38.)

[126] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 113.

[127] "A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal.
Em que pese o destaque que ostentam os direitos fundamentais no regime democrático-constitucional, fato é que, como condição mesma à vida em sociedade e à própria proteção e promoção dos aludidos direitos, faz-se necessário, também, tutelar interesses de cunho nitidamente coletivo, voltados a atender demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos. É essa a justificativa para o constituinte, em número significativo de casos, ter reconhecido direitos de natureza transindividual e permitir a limitação de interesses individuais em prol da tutela de anseios difusos". (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, p. 103.)

[128] *Ibid*., p. 96-97; ELSTER, Jon. *Op. cit.*, p. 239. Admitir esta hipótese – a satisfação de um interesse individual como promoção/satisfação do interesse público num dado caso – não significa a adoção de uma lógica fundada nos processos decisórios disfuncionais presentes na esfera pública brasileira. Ao contrário, a exegese aqui apresentada privilegia o reconhecimento das "conexões estruturais" entre estes interesses. (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 47.)

O interesse público, portanto, não se apresenta como a vontade da maioria, pois os direitos fundamentais são contramajoritários[129]. Ele também não é definido aprioristicamente pelo administrador público – como algo que somente a este seria palpável e determinável[130], como se possuísse alguma vidência inexistente nos demais indivíduos:

> A ótica do administrado, do cidadão, requer que enfoquemos a esfera pública como algo bem mais amplo do que o mero Estado que se encontra, sem dúvida, em seu centro, mas que inequivocamente não a esgota e que é passível, a todo momento, de ser privatizada pela própria Administração. A periferia da esfera pública, a cidadania e a sua parcela organizada e às vezes denominada terceiro setor, constitucionalmente dotada de instrumentos processuais de controle dessa esfera têm necessariamente que ser levada em conta, para que a doutrina do Direito Administrativo revele, em toda a sua força, sua natureza efetivamente púbica[131].

Assim, o professor Menelick de Carvalho Netto, ao demonstrar que a ideia do público não se resume ao Estado, mas abarca a cidadania ativa[132] – exercida individual ou conjuntamente –, subsidia a afirmação de que cada indivíduo é titular da totalidade do interesse

---

[129] Este caráter contramajoritário dos direitos fundamentais sustentaria, assim, uma série de medidas públicas voltadas à preservação de modos tradicionais de vida ligados, por exemplo, ao cultivo da terra. Dessa forma, afastar-se-iam propostas como as de Hayek. Para ele, "seria um mal menor" a extinção de alguns destes "modos de vida" do que buscar a sua preservação e, quando possível, a sua convivência com a contemporânea organização do mercado.
Sobre esta última hipótese, porém, paira a possibilidade de dizimação do modo de vida tradicional – como comprovaria a questão indígena, não obstante Gilberto Freyre tenha reconhecido uma relação de reciprocidade desta com a do colonizador europeu, quando da formação sociocultural brasileira. (HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 434-435; FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 25. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987. p. 91 e 108-109.) Neste sentido, a exegese aqui adotada se aproxima àquela de Amartya Sen, para quem, a defesa destes modos de vida tradicionais, ainda que dispendiosos, seriam objeto de uma decisão coletiva, em que se garantiria voz aos atingidos. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 277.)

[130] "Nesse passo, deve-se assentar que o interesse público não pode ser auferido por critério quantitativo (*v.g.*, existe interesse público em regular a situação das minorias raciais), e, de igual modo, que a simples vinculação do interesse público a um interesse abstrato da sociedade deve ser questionada, pois, aí se vislumbram duas dificuldades: a possibilidade do surgimento de um artificioso interesse social desvinculado de qualquer interesse individual concreto, que, segundo Marçal Justen Filho, é o embrião do autoritarismo (configuração de interesses surpa-individuais totalitários); e o problema da identificação do interesse público, pois que a desvinculação do interesse da sociedade dos interesses individuais concretos levaria à necessidade de alguém – a autoridade administrativa – determinar coercitiva e antidemocraticamente a extensão do interesse público." (PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 389.)

[131] CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 68., n. 2. p. 67-84, abr/jun 2002. p. 68. No mesmo sentido: LELIS, Davi Augusto Santana de. *Op. cit.*, p. 177. Esta exegese encontra uma de suas origens na reforma gerencial brasileira e teria como consequência, matizar alguns "dualismos" que caracterizam a sociedade contemporânea, notadamente a brasileira, como a divisão e incomunicabilidade entre o público e o privado. (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 100. Em sentido aproximado: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 113.)

[132] Desmonta-se, assim, a identificação da sociedade civil com o Estado, típica da "tradição mais antiga da 'política'" que não distinguia estas categorias. Assim, o Estado deve empregar instrumentos aptos a efetivar as normas constitucionais, não somente por meio de intervenções típicas do Estado de Bem-Estar Social, mas viabilizando que cada indivíduo tenha condições de realizar seus projetos pessoais. (HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 296 e 350.)

público. Isto lança novas luzes a alguns dos instrumentos processuais de controle do Estado pelos cidadãos.

É, dessa forma, que se pode compreender porque um indivíduo, ao intentar uma ação popular contra ato lesivo ao patrimônio público. Este indivíduo não figura como substituto processual a defender interesses de terceiros. Ele ocupa o polo ativo como legitimado, defendendo interesse seu, o qual é compartilhado pelos demais.

Raciocínio idêntico se aplica à questão dos legitimados a proporem ações civis públicas. Conforme a Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, o Estado é legitimado para propor ações civis públicas, o que não afasta a legitimidade dos indivíduos o fazerem de forma associada.

Interpretado nesse sentido, os interesses meta-individuais não seriam uma categoria distinta do interesse público[133]. Estes se apresentariam como espécies do segundo, cuja especificidade está na exteriorização da ampliação do rol de legitimados aptos a defendê-los – afinal Estado e indivíduos são corresponsáveis pela concretização dos direitos fundamentais[134].

Assim, o equilíbrio ambiental, por exemplo, não é um interesse das gerações futuras, concebidas como um sujeito que, inexistente hodiernamente, não possui instrumentos aptos a defender-se de atos prejudiciais às suas pretensões. O equilíbrio ambiental se afigura como o interesse da geração presente viver num ambiente sadio e reproduzir-se, dotando seus descendentes de condições de desenvolvimento adequado às suas faculdades[135].

---

[133] A distinção entre interesses meta-individuais e interesse público decorreria da identificação deste ao Estado, o que esvazia o sentido do interesse público. Este esvaziamento, conforme Roberto DaMatta, advém da tendência das sociedades contemporâneas em conceber: o "individual" como "normal" ou "mais importante"; e o "coletivo" ou a "sociedade" como "problemas". Assim, buscar-se-ia a descaracterização do público, cuja consequência seria escamotear a "conexão estrutural" entre os sentidos de "público" e de "privado" – ou, conforme a terminologia de Gustavo Binenbojm, "a imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares". (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 43 e 57; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 151. Em sentido aproximado: NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 137-139, 142 e 145.)

[134] Os interesses meta-individuais criam demandas difusas que podem não mobilizar "setores a ponto de que se organizassem para reivindicá-los", o que conferiria ao Estado maior margem de atuação pela inexistência ou debilidade das pressões. Assim, a identificação do interesse público aos direitos fundamentais salienta que o Estado e os indivíduos são corresponsáveis pela realização destes direitos. Neste sentido, a ampliação do rol de legitimados para defenderem judicialmente estes direitos objetiva possibilitar que se encontre um grupo disposto a patrociná-lo. (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 104.)

[135] José Robson da Silva chegou a conclusão semelhante, mas escoimado em outros pressupostos. Para ele, a inserção do equilíbrio ambiental como direito fundamental, afasta a sua leitura meramente fundada em aspectos econômicos, construída sobre a subjugação do objeto aos proprietários. Ele realiza uma leitura fundada na "pessoa em relação com outras pessoas", o que remeteria à sua defesa em ótica individual ou coletiva, embora se perceba "uma enorme resistência em aceitar estes últimos como atores jurídicos".
Em outros termos, considerar o equilíbrio ambiental como interesse difuso, "tem um efeito instrumental importante". Afinal, isto amplia o rol de instrumentos de tutela destes interesses, o que demonstra a imbricação entre as acepções privadas e coletivas, nos termos acima mencionados. (SILVA, José Robson da. *Op. cit.*, p. 86, 88, 98, 126-127 e 362.)

Esta construção não impossibilitaria que o Estado ocupe o polo passivo de qualquer ação que pleiteie a reorientação de suas ações, já que nem todas elas se orientam à "publicidade crítica", mas podem ser motivadas por "fins manipulativos"[136]. Ora, nestas hipóteses, as ações estatais não objetivam realizar os direitos fundamentais, pois a instrumentalização se dirige ao que Menelick de Carvalho Netto denominou de privatização do público "pela própria Administração", o que configura a utilização das prerrogativas estatais em contrariedade ao seu próprio fim.

É por isso que atos praticados com desvio de finalidade são desprovidos do "fundamento de validade" que garantiria a presunção de consonância sistêmica necessária para: legitimar o discurso de justificação. No discurso de aplicação, tornar este ato uma decisão adequada ou uma razão "prima facie" para que se chegue à decisão.

Por este prisma, reforça-se que a titularidade do interesse público é de cada um dos indivíduos, o que afasta a tese de que o Estado o possuiria[137], bem como demonstra a perda de sentido da ideia de "interesse público secundário". Afinal, se dado interesse deve, obrigatoriamente, ser consentâneo ao denominado "interesse primário", sob pena de não ser interesse público – configurando-se como interesse privado do Estado de cunho meramente patrimonial – é porque, na verdade, não há interesse público secundário.

Está-se, assim, diante de um contrassenso lógico. Se dado interesse, dito estatal, somente pode ser considerado público se concretizar direitos fundamentais, quando não o fizer, não poderá ser considerado interesse público. Logo, este interesse será juridicamente inválido, configurar-se-á como um anti-interesse, um caso de desvio de finalidade, uma afronta do Estado à Constituição que o criou. Dessa forma, esta parte da construção teórica alessiana perde o sentido explicativo da figura do interesse público para somente explicar os vícios que invalidam a ação estatal[138].

---

[136] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 194-195.

[137] Nessa ótica, a esfera pública não pode ser resumida ao estatal. Neste novo paradigma, "há um alargamento da esfera pública com a inclusão da periferia da esfera pública no processo de legitimação do direito". (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 86-87.)

[138] "É imperioso ter em vista que nenhum 'interesse público' configura-se como 'conveniência egoística da administração pública'. O chamado 'interesse público secundário' (ALESSI) ou 'interesse da Administração Pública' não é público. Ousa-se afirmar que nem menos são 'interesses', na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 61. Em sentido aproximado, Gustavo Binenbojm, para quem o sentido atribuído ao interesse público, no discurso de justificação, define quais seriam os interesses legítimos – ou seja, define o binômio lícito/ilícito. Para mais informações: BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 136. No mesmo sentido: LELIS, Davi Augusto Santana de. *Op. cit.*, p. 176.)

Estas considerações não retiram a importância do interesse público. Ele é um suposto para a atuação estatal[139], não como algo dado. Ele é construído, mediante um processo de aplicação, em que os textos jurídico-normativos são vistos como "textos abertos à interpretação e não como uma unicidade de sentido que a modernidade sempre procurou [lhes] atribuir"[140]. Neste sentido, a "indeterminação" do interesse público, embora prevaleça no "discurso de justificação, é superada no plano da aplicação"[141].

Assim, a afirmação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a noção de interesse público se apresentaria importante tanto na fase legiferante – discurso de justificação – quanto na de aplicação – discurso de aplicação – ganha novo sentido. Se o interesse público é identificado à realização dos direitos fundamentais, tem-se que a atividade legiferante infraconstitucional se dirige a dotar tais direitos de condições de efetividade.

Logo, a produção de textos jurídico-normativos não é algo despiciendo. Os interesses privados pulverizados, por exemplo, ainda exigem essa regulamentação, conforme se pode perceber pelas ações de grupos minoritários pleiteando a promulgação de leis que tutelem seus interesses.

As ações dos movimentos sociais – no exercício do direito de livre manifestação do pensamento e de livre associação – agregadas a mecanismos de participação popular na produção de leis – como a iniciativa popular e as consultas públicas – representam a alteração no processo de facção das leis e atos administrativos[142]. Nessa alteração, a descrição dos arquétipos contidos nos textos jurídico-normativos, não mais se refere a um homem ideal, mas se mostra delimitado o suficiente para definir o âmbito de aplicação da norma e, aberto o bastante para possibilitar a inclusão de realidades assemelhadas não aventadas pelo legislador. É por isso que, no momento de produção destes textos, o emprego de elementos caracterizados pela indeterminação é um mecanismo que garante a permanente atualização do texto[143].

---

[139] HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 354.

[140] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 165-166.

[141] PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 375-398.

[142] Estes atores, ao participarem do discurso de justificação e do discurso de aplicação – mediante por exemplo, a atuação como *amicus curiae* – trazem demandas da periferia da esfera pública para o seu centro e tentam pauta-las como elementos insertos no interesse público. Esta possibilidade é garantida pelo caráter aberto do interesse público reconduzido à realização dos direitos fundamentais, que se ajustaria, portanto, ao que Laclau e Mouffe chamariam de "articulação" ou "guerra de posição". (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 120-121 e 292-297.)

[143] Também, os limites ao exercício das prerrogativas estatais, desenvolvidos por Alessi, ganham nova função. Estes limites devem impedir que, no momento de concreção da norma e definição do interesse público – ocasião em que se opera a tensão entre a publicidade crítica e com escopos manipulativos – o Estado se torne um instrumento para atender a segunda finalidade. Isto demonstra, portanto, que a efetivação dos direitos fundamentais também fundamenta as sujeições administrativas. Para mais informações sobre esta questão, notadamente no Direito Urbanístico brasileiro: COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo.*.

Esta exegese possibilita perceber, ainda, que, somente no momento da aplicação do texto ao caso haverá o preenchimento semântico completo do interesse público nele contido. Logo, a cada caso será aberto, num primeiro momento, uma miríade de possibilidades de significações. Todavia, o sobredito preenchimento somente ocorrerá, definitivamente, quando, esquadrinhando-se o ordenamento jurídico numa acepção deontológica, analisarem-se os elementos do caso, mediante o emprego de métodos exegéticos que ampliem o rol dos agentes na arena dialógica[144]. Por isso, o interesse público se apresenta como o resultado do discurso de aplicação – como um construído no, pelo e para o caso – o que está em consonância à mutabilidade e dinamicidade do interesse público[145]:

> Aprioristicamente, o interesse público existe apenas como abstração teórica ou normativa, e é 'o processo de concretização do Direito [que] produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público *em face das circunstâncias*' (Grifos nossos). Neste particular, mais uma vez, sublinhe-se a lição de Marçal Justen Filho, segundo a qual, a característica de indeterminação, natural ao conceito de interesse público, há de ser tomada como um dado positivo, pois permite ao intérprete afastar axiomas e concepções formalistas que, por vezes, ameaçam a democracia e a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana[146].

---

[144] Em oposição a esta tese estão a maioria dos críticos da teoria do interesse público. Eles reconhecem o interesse público como um resultado interpretativo, porém, aplicam nessa construção uma orientação axiológica fundada na ponderação dos interesses em conflito, cujo produto seria a solução que realizaria, ao máximo, aquele interesse.
Dessa forma, segundo Gustavo Binenbojm, o Estado Democrático de Direito seria um Estado de ponderação, em que o interesse público se constituiria no resultado deste expediente. Isto é, como "resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de *melhor interesse público*, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública". Isto demonstraria que o cerne da discussão sobre o interesse público não se refere à sua prevalência sobre os interesses privados, mas no seu conteúdo. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, p. 88, 100, 102 e 106.)
Esta identificação é também apontada pela professora Odete Medauar, para quem, o interesse público se apresenta como sustentáculo de "vários institutos e normas de direito administrativo", bem como tem sido empregado para justificar ações arbitrárias do Estado. Esta última possibilidade tem levado à redefinição de tal ideia mediante a realização da "ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse".
Nesse caso, busca-se a "compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios". Isto é, a obtenção de um resultado da forma menos gravosa aos diversos interesses envolvidos. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 134.)

[145] Conforme Amartya Sen, a abertura democrática e seus impactos nos discursos de justificação e aplicação garantem a mutabilidade e a adaptabilidade das ações estatais às questões conjunturais que permeiam o processo de preenchimento semântico do interesse público. (SEN, Amartya. *A ideia...*, p. 383. Em sentido aproximado, Fernando Henrique Cardoso reconheceu que as expressões oriundas das Ciências Sociais possuem um caráter histórico, cuja consequência é a mutabilidade de seu conteúdo semântico, como se perceberia, por exemplo, com a ideia de desenvolvimento que, atualmente, deveria abarcar as dimensões social e ecológica. Para mais informações: CARDOSO, Fernando Henrique. Desenvolvimento: o mais político dos temas econômicos. *Revista de Economia Política*, v. 15, n. 04, p. 148-155, out/dez. 1995. p. 148-151.)

[146] PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 396. Em sentido aproximado: LELIS, Davi Augusto Santana de. *Op. cit.*, p. 184. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a indeterminação conferiria aos vocábulos uma permanente atualidade denominada de mutabilidade, que seria a variação espaço-temporal que o conceito sofreria. Assim, ele seria capaz de abarcar as mudanças sociais, sem se fazer necessário uma alteração legislativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...*, p. 98.)

Em suma, o interesse público refere-se à realização dos direitos fundamentais. Esta deve admitir a livre participação e controle de todos os sujeitos envolvidos, pois compete-lhes analisar toda a argumentação jurídica produzida para realização daquela finalidade[147]. É, nessa ótica, que o direito se apresenta como um "mecanismo de integração social" e como um meio de atender as "duas ordens de anseios" presentes na sociedade hodierna. Estes desejos são "a crença tanto na legalidade" que abarcaria a "segurança jurídica" e a "certeza do direito", "quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade das decisões às peculiaridades dos casos concretos"[148].

2.1.4.2 A reavaliação da "supremacia do interesse público sobre o privado"

Pode-se afirmar que, no discurso de justificação, o interesse público seria dotado de supremacia por duas razões interconectadas. A primeira, de ordem jurídica, relaciona-se à centralidade dos direitos fundamentais. Esta centralidade seria responsável pela supremacia Constitucional e pelo espraiamento da interpretação constitucional ao direito infraconstitucional. Dessa forma, a identificação do interesse público à realização daqueles direitos transfere, ao primeiro, aquela supremacia. Isto é: a supremacia do interesse público, no discurso de justificação, é uma decorrência da supremacia da Constituição[149] e dos direitos fundamentais[150].

A segunda razão da aludida supremacia decorreria da lógica de funcionamento do discurso jurídico. No discurso de justificação, o interesse público – ou a realização dos direitos

---

[147] ELSTER, Jon. *Op. cit.*, p. 224-225 e 239; COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 122.

[148] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 251, 101 e 38.

[149] A supremacia do interesse público – identificada aos direitos fundamentais – se observada pelos pressupostos contratualistas, decorreria do pacto inicial. Em Locke, por exemplo, a identificação da Constituição como o acordo inicial que dá origem ao Estado, implicaria em dotar os direitos fundamentais de primazia face ao Estado. (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 157.)

[150] "Não envolve supremacia ou superioridade da Administração em face dos administrados, o fato de serem atribuídos à sua cura interesses gerais, pois a sua gestão é instrumental para a efetivação dos *direitos fundamentais*, de modo que, em última análise, são esses apenas, os que gozam da incontestável superioridade constitucional". (Itálico no original) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 123, 68-69 e 72. No mesmo sentido: LELIS, Davi Augusto Santana de. *Op. cit.*, p. 182.)
Uma ilustração desta supremacia dos direitos fundamentais se encontraria na Lei de Recuperação Judicial e Falências, que, no seu artigo 83, prescreve a ordem de pagamento dos créditos durante o processo falimentar. Segundo este dispositivo, os primeiros créditos a serem pagos são os de natureza trabalhista – relacionados, portanto, ao artigo 7º, da Constituição – enquanto os créditos decorrentes de dívidas com o Fisco ocupariam o terceiro lugar na ordem de pagamento, depois, dos "créditos com garantia real até o limite do bem gravado".

fundamentais – é o fundamento de validade e a finalidade do Estado e, consequentemente, do ordenamento jurídico. Ao se apresentar desta forma, o interesse público seria supremo, pois, seria um contrassenso lógico imaginar-se que uma organização contrarie as bases que a sustentam ou o escopo para o qual foi criada[151].

Assim, o interesse público operaria, no discurso de justificação, como barreira contra a inserção, no direito, de textos jurídicos inspirados em valores ou interesses – sejam eles atribuídos aos indivíduos ou ao Estado – que contrariem os direitos fundamentais. Dessa forma, mecanismos como o controle de constitucionalidade e a vedação à supressão ou à restrição dos direitos fundamentais voltar-se-iam à proteção do interesse público.

No entanto, quando se considera o discurso de aplicação, perde sentido falar-se em supremacia do interesse público sobre os privados, nos termos expostos pela doutrina tradicional sobre a matéria[152]. Afinal, aquela forma de abordagem da supremacia a tomaria como um postulado prévio de resolução de um conflito de interesses entre os particulares e o Ente Público – visto como titular do interesse público – o que não condiz com o delineamento do Estado Democrático de Direito.

Logo, somente a "interpretação, feita à luz de instituto determinado, de seu regime jurídico e do próprio sistema", bem como dos elementos do caso "poderá determinar" a solução para uma dada demanda. Isto exige afastar concepções de superioridade prévias, as quais impediriam o discurso de aplicação[153].

Esta concepção afasta a crítica de José dos Santos Carvalho Filho[154]. Segundo ele, hodiernamente, fala-se em "primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais, quando ocorrem determinadas situações específicas". Isto desconsidera que, se há garantias aos "particulares" face ao "Estado", também existem textos jurídicos que asseguram ao Estado meios de concretizar o interesse coletivo. Ora, isto não significa uma regra de inferioridade ou que os direitos individuais não possam, "em regra, ser equiparados aos direitos sociais", pois isso reduziria o homem a mero integrante do corpo social.

Em cada caso se faz necessário observar o instituto em questão, o regime jurídico aplicável e os elementos do caso. Assim, é que, por exemplo, ouvida a população e feitos estudos técnicos que indiquem que somente dado imóvel particular é o indicado para edificar-se um hospital, o Ente Público procederá à sua desapropriação. Inicialmente, o Ente Público

---

[151] Conforme Davi Augusto Santana de Lelis, o interesse público se apresentaria, nesta acepção, como anterior ao Estado, porque seria a sua causa. (LELIS, Davi Augusto Santana de. *Op. cit.*, p. 175.)
[152] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 70.
[153] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 37.
[154] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual…*, p. 34-35.

buscará fazê-lo de forma amigável, e, caso isto não se dê, aí sim, proceder-se-á à fase judicial, nos exatos termos prescritos pelo ordenamento jurídico.

Neste caso, o que justifica a desapropriação é a construção de dado equipamento destinado a concretizar o direito fundamental à saúde e não a mera supremacia estatal, pois, se assim fosse, não se mostraria necessário que o ato declaratório da desapropriação contivesse a destinação específica a ser dada à coisa. Outrossim, falar-se em supremacia, poderia significar que o particular arcaria com a redução patrimonial, o que não se dá, pois, a indenização paga pelo sujeito ativo recomporá o patrimônio do sujeito passivo.

Tal ilustração demonstra que a construção aqui engendrada reposiciona as prerrogativas conferidas ao Estado. Elas somente se justificam se necessárias à realização dos direitos fundamentais, o que, por um lado, substitui, no cerne daquela teorização, a ideia de *ius imperii*, pela aferição da legitimidade das ações estatais[155].

Lado outro, a nomenclatura proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello de que tais prerrogativas, antes de serem "poderes", afiguram-se como "deveres-poderes" ganha novo sentido. Se os Entes Públicos devem atender aos direitos fundamentais, eles devem ter meios para realizar esta finalidade[156]. Afinal, conforme Juarez Freitas, "o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário"[157]. Logo, tais prerrogativas não são tomadas de forma desmedida. Elas têm sua "extensão e compostura" delineadas pela "Constituição" e pelas "leis com ela consonantes"[158], o que impede a sua invocação contra os direitos fundamentais a serem

---

[155] *Ibid*., p. 15. No mesmo sentido está Juarez Freitas, conforme se observa de suas análises sobre a discricionariedade administrativa: "De sorte que toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de ideias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais entrelaçadamente determinam". [E, em outra passagem:] "No exame de eventual vício no exercício da discricionariedade, não há lugar para eficácia apenas mediata de direito fundamental, no núcleo. A tutela dos direitos fundamentais, portanto, deve servir para, entre outros objetivos, coibir restrições ou omissões indevidas do Poder Público. A própria ideia de 'ordem pública' deve ser entendida à luz do princípio da moralidade e das exigências do princípio da dignidade humana, entre outros". (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 10 e 43.)

[156] E esta aferição obriga a perquirição da medida de poder apta a concretizar tal fim – terceiro limite para evitar o risco de o Estado se afastar de sua finalidade, nos termos da construção alessiana. Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: "Em suma: os 'poderes' administrativos – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, afinal, extralimintação da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos "poderes" de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 99 e 71-72.)

[157] FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 57.

[158] A expressão "leis com ela [Constituição] consonantes" não se esgota na mera aferição da constitucionalidade formal ou material, verificáveis num controle abstrato, mas abarca a aplicação concreta do texto jurídico-normativo num dado caso, momento em que se verificará se tal ação macula o que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina de princípio da finalidade pública: "Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à

concretizados no caso concreto. Assim, a sobredita identificação da realização destes com o interesse público[159], e o caráter instrumental do Estado na realização deste escopo.

É por isso que o último autor citado afirma que "a atividade administrativa é desempenho de função". Para ele, este vocábulo como "o *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade", considerando-se as prerrogativas como "*meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir"[160].

Assim, também se deve reposicionar a ideia de que as relações de direito administrativo sempre se caracterizariam por uma relação de subordinação, em que haveria um sujeito dominante – o Estado – e um subordinado – o indivíduo. Tais relações devem ser pensadas de forma a abarcar as diversas nuances inerentes à atuação estatal, como por exemplo: as limitações inerentes a esta atuação, pois, também o Estado se sujeita – como os particulares – ao direito, obviamente com variantes no tocante à extensão do princípio da legalidade.

Outra ilustração pode ser encontrada nas formas consensuais de atuação, empregadas no lugar dos atos administrativos unilaterais, também são aptas a realizar os direitos fundamentais – além de garantirem a legitimação destas medidas, mediante a ampliação do rol dos participantes da arena dialógica[161].

---

aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' – são *nulos*. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*".

E continua o autor, demonstrando a origem de tal princípio, bem como a possibilidade de sua defesa pelos indivíduos: "Pelo quanto se disse, já se nota que a raiz constitucional do princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, estampado no art. 37 da Lei Magna. Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete. Pode-se dizer, contudo, que há outro dispositivo constitucional que lhe serviria de referência específica, embora implícita. É o art. 5º, LXIX, no qual se prevê o mandado de segurança. Ali se diz cabível sua concessão contra ilegalidade ou 'abuso de poder'. Abuso de poder é o uso do poder além de seus limites. Ora, um dos limites do poder é justamente a finalidade em vista da qual caberia ser utilizado. Donde o exercício do poder com desvirtuamento da finalidade legal que o ensancharia está previsto como censurável pela via do mandado de segurança". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 106-108.)

[159] Afirmar que a identificação do interesse público à realização dos direitos fundamentais afasta a compreensão tradicional acerca da existência de uma regra de prevalência *a priori* do interesse público, não estabelece uma hierarquização entre os direitos fundamentais, devido à imbricação entre eles. Isto é, a realização de um destes direitos contribui à realização dos outros. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 49-50.)

[160] "Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 97-98.)

[161] "Ademais, a subordinação da liberdade ao sistema requer uma discricionariedade administrativa contida nos limites da legitimidade democrática. Não por acaso, o princípio da participação integra o conceito de *direito fundamental à boa administração*, cuja concretização tende a melhor fiscalizar a conduta do agente público, em termos de eficiência e de eficácia, assim como representa valioso estratagema para fazê-la substancialmente legítima e democrática.

Um terceiro exemplo se encontra na utilização do direito privado pelo Estado[162]. Isto pode ser válido se, na situação apresentada, o direito privado for apto a concretizar os direitos fundamentais[163]. Afinal, estes textos jurídico-normativos são meios de "legitimar o direito mediante procedimentos e pressupostos comunicativos, eles próprios juridicamente institucionalizados, que fundamentam a premissa de que os processos de elaboração e de aplicação do direito conduzem a resultados racionais"[164].

Se estas considerações afastam o sentido original da expressão "supremacia do interesse público", como uma regra de prevalência *a priori* no discurso de aplicação[165], ela não impede que se reconheça outro sentido àquela expressão. Ao se considerar que, no discurso de aplicação, o processo de concretização produzirá a norma de decisão para o caso concreto, tem-se que esta encarnará o sentido do interesse público para este caso[166]. Dessa forma esta norma – ou o sentido atribuído ao interesse público pelo processo de concretização –, exatamente, por

---

Tome-se em consideração o orçamento público: o controle direto da sociedade quanto à observância dos fins estabelecidos pela Constituição, sem prejuízo das outras modalidades de controle, mostra-se decisivo para alcançar uma sindicabilidade destinada à depuração, no nascedouro, das escolhas públicas. Para desempenhá-lo sadiamente, pressupõem-se – está claro – a visão sinérgica dos controles e a cidadania ativa, capaz de configurar uma nova forma de Estado, descrito – com invulgar maestria – por Paulo Bonavides".
[E, então, conclui:] "Com efeito, o Direito Administrativo precisa ser o direito da motivação madura (emocional e racionalmente), deixando de ser monológico para se tornar menos unilateral. Trata-se de relevante mudança de atitude, apta a viabilizar, por exemplo, termos de compromisso, conciliação e acordos preliminares à edição de atos administrativos, bem como a avaliação pactuada de metas e o orçamento". (Itálico no original) (FREITA, Juarez. *Op. cit.*, p. 46 e 130-131.)

[162] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 73-76.

[163] Obviamente não se está advogando pela utilização do direito privado para burlar sujeições, cujo escopo é garantir a licitude das ações estatais. Nada menos exato, pois, aqui, tão-somente constata-se o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro nomeia de tendências do Direito Administrativo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 38 e 39-40. Em sentido aproximado, Cristiana Corrêa Conde Faldani admite que o Estado empregue institutos de direito privado idôneos para a realização do interesse público, no entanto, para a autora, esta possibilidade não indicaria a dissolução da dicotomia público e privado. Para maiores informações: FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Op. cit.*, p. 269)

[164] DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 41. Em sentido aproximado, Sabino Cassese, citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, afirmou que o direito administrativo, atualmente se caracterizaria pela "combinação das normas e princípios publicistas e das normas e princípios privatísticos, sem uma (unitária) hierarquia entre as duas". (CASSESE, Sabino *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro*..., p. 102.)
Na verdade, esta concepção, longe de significar uma privatização do direito público ou a publicização do direito privado, lança luzes sobre as "conexões estruturais" dos vários ramos do Direito e a abrangência dos direitos fundamentais. Isto pode ser notado, por exemplo, na ampliação do conceito de vizinhança, que, segundo a dogmática tradicional do Direito Civil, relacionava-se aos imóveis lindeiros, o que, hoje, foi alterado para legitimar outros indivíduos e organizações a pleitearem, judicialmente, a reparação de danos ambientais e urbanísticos, provocados por empreendimentos que maculem o equilíbrio ambiental e o direito à cidade. (SILVA, José Robson da. *Op. cit.*, p. 127. Para uma análise destas aproximações, no tocante ao Direito da Função Pública: COSTA, Igor Sporch da. A natureza jurídica da função pública no Brasil e na Itália: contributos teóricos para a compreensão da aproximação entre os regimes estatuário e contratual. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 911, p. 295-349, set. 2011.)

[165] Para Irene Patrícia Nohara, embora possa parecer que a doutrina tradicional sobre a supremacia do interesse público defendesse um "postulado de superioridade irrestrita", isto nunca se deu. Afinal, como lembra a autora, os juízos de "razoabilidade/proporcionalidade" sempre se aplicaram no caso concreto como elementos de temperamento desta supremacia. (NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 122, 133 e 151.)

[166] Ou seja, a norma – ou o sentido de interesse público – não seria uma decisão prévia, mas um construído no caso. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Apresentação...*, p. 10.)

solucionar o caso, será suprema face aos elementos que o compõem, porque ela é a síntese dos elementos normativos e factuais deste mesmo caso[167].

2.1.4.3 A reavaliação da "indisponibilidade, pela Administração, do interesse público"

As considerações sobre a "supremacia do interesse público" fornecem elementos para que se possa reavaliar, também, o sentido da "indisponibilidade, pela Administração, do interesse público". Esquadrinhando-se a expressão, com fundamento nos pressupostos acima delineados, verifica-se que a mesma somente faria sentido se "Administração Pública" for tomada como sinônimo de "Estado". Se assim não fosse, admitir-se-ia que uma função, desprovida, portanto, de personalidade jurídica, pudesse ser agente de uma conduta. Assim, para evitar imprecisões terminológicas, a expressão deve ser corrigida para "indisponibilidade, pelo Estado, do interesse público".

A partir desta correção, pode-se afirmar que, no discurso de justificação, o interesse público é indisponível. Em sentido semelhante ao apontado para a supremacia, tem-se que a identificação do interesse público à realização dos direitos fundamentais, com sede constitucional, impede que o Estado disponha sobre estes direitos.

Afinal, se isto fosse admitido, permitir-se-ia que o Estado transacionasse sobre a Constituição que o criou, modificando os fundamentos que o sustentam e a finalidade para a qual foi criado. Ademais, o Estado disporia sobre direitos que não são seus, já que o núcleo semântico do interesse público é a realização dos direitos fundamentais, os quais são de titularidade dos indivíduos[168]. Enfim, se a realização dos direitos fundamentais é o fundamento de validade e a finalidade que sustenta o discurso de justificação, a disposição do interesse público impossibilitaria o próprio desenvolvimento daquele discurso.

Em todas estas hipóteses, portanto, a "disposição, pelo Estado, do interesse público" seria um meio de burlar a supremacia dos direitos fundamentais e da própria Constituição. Além disso, afastar-se-ia o desvio de finalidade que estaria encoberto no processo de produção destes textos jurídico-normativos.

Além destas razões, a "indisponibilidade, pelo Estado, do interesse público" durante o discurso de aplicação, teria, ainda, por fundamento, o reconhecimento de que a norma de

---

[167] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 99; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões...*, p. 151.
[168] LELIS, Davi Augusto Santana de. *Op. cit.*, p. 176.

decisão produzida não seria passível de disposição pelo Estado, sob pena de retirar o caráter decisório inerente a ela. Assim, o resultado do processo exegético não pode ser afastado pelo fato de ser o resultado, a solução para o caso apresentado.

Esta forma de compreensão possibilita analisar as formas consensuais de atuação estatal e o uso do direito privado pelo Estado para alcançar seus fins, desde que isso não escamoteie a tentativa de privatização do público. Ademais, esta exegese permite discutir a racionalidade e extensão de algumas práticas administrativas e construções jurídicas brasileiras, já que elas não se adequam ao sentido que, aqui, atribuiu-se à indisponibilidade.

Para tanto, retome-se as lições de Menelick de Carvalho Netto sobre a "privatização do público pela Administração". Dizer que o interesse público é indisponível poderia levar à compreensão de que o Estado deveria cobrar seus créditos[169] e, ao mesmo tempo, imporia "aos órgãos de representação judicial" dos Entes Públicos, "como a Advocacia Geral da União" o dever de sempre recorrerem das demandas em que o Estado fosse derrotado[170]. Estes trechos, extraídos das lições de Odete Medauar e de Diógenes Gasparini, se tomados de forma absoluta – distante, portanto, do sentido que estes autores lhes conferiram – autorizariam práticas inadequadas aos direitos fundamentais e impediriam discussões sobre os impactos que a dinamicidade social impinge ao direito.

Estas considerações permitem questionar, por exemplo, a razoabilidade da existência das prerrogativas processuais do Estado[171] – como, o "duplo grau de jurisdição obrigatório" e a duplicação de prazos para que o Estado possa se manifestar nos processos judiciais. Outro exemplo é a prática de os Entes Públicos intentarem recursos com efeitos

---

[169] MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 134.

[170] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 72-73.

[171] As prerrogativas processuais do Estado, conforme Gustavo Binenbojm, não se resumiriam à duplicação dos prazos ou ao "duplo grau de jurisdição", mas envolveriam, outrossim: a desnecessidade "de apresentação de procuração" dos advogados públicos para atuarem em juízo; "a não produção dos efeitos da revelia"; "o sistema de execução mediante precatórios" etc. Embora estas prerrogativas se relacionem à indisponibilidade, segundo o autor, elas também seriam justificadas pela "supremacia do interesse público", pois, compreender-se-ia que: sem tais "privilégios processuais", os "interesses gerais da coletividade poderiam ser comprometidos". (BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 156.)

No entanto, conforme salienta Humberto Ávila, estas prerrogativas podem ser examinadas por dois ângulos. Pelo primeiro, considerar-se-iam as razões que levaram os legisladores a instituírem estas prerrogativas, o que se ligaria à valoração que eles realizaram sobre o interesse público. Pelo segundo, analisar-se-iam "o sentido e o alcance" destas prerrogativas.

Para o autor, portanto, as prerrogativas não encontrariam seus fundamentos na supremacia do interesse público ou na sua indisponibilidade, mas nos textos legais e, em alguns casos, na própria Constituição. Dessa forma, as prerrogativas processuais decorrentes das leis admitiriam uma análise quanto à sua adequação ao devido processo legal, prescrito no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição. Nesta análise dever-se-iam considerar as desigualdades entre as partes e a possibilidade de tais prerrogativas prejudicarem os direitos daqueles que litigam contra o Estado. (ÁVILA, Humberto. *Repensando o...*, p. 203 e 202).

protelatórios, sob o argumento de que o Estado seria obrigado a recorrer de uma decisão em que se saiu vencido[172].

Ambas as figuras se sustentam em argumentos ligados à indisponibilidade do interesse público que obrigaria o Estado a empreender todos os esforços para atrasar o adimplemento de suas obrigações, ainda que se reconheça que o autor da demanda tenha, *a priori*, direito de receber a contraprestação que pleiteia[173]. Ora, nesse caso, em nome de um dado interesse público estar-se-ia desrespeitando o direito fundamental do acesso à justiça – que abarca a ideia de razoável duração do processo – o que, obviamente, contraria todos os argumentos apresentados até aqui.

Ainda nessa linha, poder-se-ia citar outra ilustração: a execução de dívidas de pequeno valor. O sentido da expressão "dívida de pequeno valor", somente pode ser alcançado a partir de dados fáticos da realidade em que se situa o Ente Público credor da obrigação. Por exemplo, o valor das custas e demais despesas necessárias à promoção da ação, as quais variarão de um Estado membro para outro. Por essa razão, é que a autonomia administrativa e tributária dos entes federados não abarca, com base no artigo 20, da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, a fixação de um piso de viabilidade financeira nacional para estas ações[174].

---

[172] O atual Código de Processo Civil e a legislação infraconstitucional que o precedeu são um avanço face à redação original do Código de 1973. Os escopos desta alteração legislativa foram proteger os direitos dos demandantes face à morosidade processual e impedir a sobrecarga de processos, notadamente junto aos Tribunais. Porém, estes objetivos podem ser prejudicados caso o atual Código de Processo Civil não elimine a orientação das procuradorias de alguns Entes Federados concernentes à propositura destas ações e recursos.
Este raciocínio põe em discussão a própria razoabilidade de outras prerrogativas processuais do Estado. Se o artigo 188, do Código de Processo Civil de 1973, prescrevia que os Entes Públicos teriam prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, o atual Diploma Processual Cível unificou tais prazos. Ele prescreveu, no artigo 183, que os Entes públicos terão, em regra, prazo em dobro para se manifestarem em todos os atos processuais. Esta prerrogativa, prescrita pelo atual Código, atrai, as mesmas críticas que Humberto Theodoro Júnior realizou sobre o código anterior.
Segundo ele, em algumas situações a dilação dos prazos se justificaria – por exemplo, em razão da complexidade da demanda. Contudo, isto nem sempre ocorrerá, não se podendo defendê-la com base nas "notórias dificuldades de ordem burocrática que se notam no funcionamento dos serviços jurídicos da Administração Pública". Isto se torna mais evidente quando se considera que a eficiência é um princípio constitucional da função administrativa, nos termos do artigo 37, da Constituição. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 279-280.)

[173] Nesse sentido, Diógenes Gasparini traz o Enunciado n. 17, de 19 de junho de 2002, da Advocacia Geral da União, cuja ementa é: "Da decisão judicial que determinar a expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, sem exigência de garantia posterior ao parcelamento regularmente em cumprimento, não se interporá recurso". (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 73).

[174] Prescreve o artigo 20, da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, com as alterações das Leis n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, e n. 13.043, de 13 de novembro de 2014: "Art. 20 – Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais). §1º – Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. §2º – Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil

Embora restrito à União, o referido dispositivo fornece subsídios aos demais Entes Federados. Na verificação da situação de cada devedor deve-se observar, conforme o §4º, do sobredito artigo, "a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas" e não o valor unitário de cada certidão de dívida ativa.

Este mandamento pode ser extraído, ainda, do artigo 28, da Lei de Execução Fiscal, que prescreve a reunião dos processos contra o mesmo devedor. Isto exige que se somem os valores dos débitos e se a dívida total não ultrapassar o piso de viabilidade financeira definido por lei pelo Ente Federado, mostrar-se-ia justificável o arquivamento ou a não propositura da ação[175].

Outra baliza, constante do mencionado artigo 20, da Lei Federal n. 10.522, está no §1º. Não obstante a ação de execução não seja proposta ou esteja arquivado o processo, o credor deverá acompanhar o desenvolvimento da dívida, pois, uma vez que ela ultrapasse o mencionado piso de viabilidade – pelo acréscimo de juros, por exemplo – devem-se reativar os autos arquivados ou intentar as ações de execução. Afinal, estes recursos são necessários ao desenvolvimento de ações relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais.

O citado dispositivo fornece, também, uma terceira referência aos Entes federados, ainda que esta seja menos óbvia que as anteriores. A mera análise de custo/benefício se queda prejudicada quando as "dívidas de pequeno valor" não decorrem de aspectos fiscais, mas da extrafiscalidade. Neste caso, o mero raciocínio quanto à viabilidade financeira da execução fiscal obrigaria à não propositura da competente ação, o que prejudicaria a finalidade específica que levou à instituição do aludido tributo.

Nesta hipótese, deve-se atentar aos limites ínsitos à utilização de instrumentos tributários com cunho extrafiscal. No caso da progressividade extrafiscal da alíquota do imposto predial e territorial urbano, de competência municipal[176], por exemplo, a execução fiscal corrobora a finalidade do instrumento. A execução objetiva fazer com que o sujeito passivo da obrigação tributária dê a destinação adequada ao imóvel, caso contrário, o imóvel será

---

reais). §3º – Revogado pela Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014. §4º – No caso de reunião de processos contra o mesmo devedor, na forma do art. 28, da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para os fins de que trata o limite indicado no *caput* deste artigo, será considerada a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas".

[175] Prescreve o artigo 28, da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980: "Art. 28 – O Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor. Parágrafo único – Na hipótese deste artigo, os processos serão redistribuídos ao Juízo da primeira distribuição".

[176] Para uma análise da extrafiscalidade neste tributo: COSTA, Igor Sporch da. A progressividade extrafiscal da alíquota de IPTU como instrumento de concretização do direito à cidade: contributos para a harmonização das normas jusurbanísticas. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 100, vol. 908, p. 353-405, jun. 2011.

desapropriado[177] nos termos do artigo 8º, do Estatuto da Cidade, acrescido do artigo 32, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Este artigo prescreve que do valor devido à título de indenização pela desapropriação deduzir-se-ão os valores devidamente inscritos na dívida ativa dos municípios e aqueles que já sejam objeto de execução fiscal[178].

Dessa forma, o princípio da eficiência – consubstanciado na relação custo/benefício – seria atendido. Isto porque, consistir-se-ia em uma redução do *quantum* devido a título de indenização constante do título da dívida pública resgatável em dez anos[179].

Todas estas hipóteses demonstram mecanismos empregados para escamotear casos de desvio de finalidade. Contudo indiretamente, elas indicam também: a importância dos bens e direitos que compõem o patrimônio jurídico dos Entes Públicos na realização dos direitos fundamentais, os efeitos da privatização daquilo que se considera público pelo Estado.

Entretanto, a releitura da teoria do interesse público, ao dar novo sentido à "indisponibilidade", opera a quebra da sinonímia entre os sentidos de público e de estatal decorrentes da mencionada privatização. Isto pode ser comprovado por dois outros exemplos.

Em primeiro lugar, imagine-se que dado Município deva construir um equipamento urbano – por exemplo, uma escola –, porém, não o faz. Neste caso, o Ministério Público – por meio do promotor de justiça – promove a competente Ação Civil Pública, para compelir o primeiro a edificar o aludido equipamento.

---

[177] Prescreve o artigo 8º, da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001: "Art. 8º – Decorridos 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. §1º – Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano. §2º – O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o §2º do art. 5º desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. §3º – Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos. §4º – O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. §5º – O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. §6º – Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do §5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei".

[178] Prescreve o artigo 32, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, com as alterações das Leis n. 2.786, de 21 de maio de 1956, e n. 11.977, de 07 de julho de 2009: "Art. 32 – O pagamento do preço será prévio e em dinheiro. §1º – As dívidas fiscais serão deduzidas dos valores depositados, quando inscritas e ajuizadas. §2º – Incluem-se na disposição prevista no §1º as multas decorrentes de inadimplemento e de obrigações fiscais. §3º – A discussão acerca dos valores inscritos ou executados será realizada em ação própria".

[179] Nesse sentido, a mesma razão que inspirava a inaplicabilidade do artigo 20 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, às dívidas relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, nos termos de seu §3º, aplica-se ao caso das dívidas de pequeno valor decorrentes dos tributos extrafiscais. Em ambos os casos, o inadimplemento impacta diretamente nos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos – trabalhadores que terão seu patrimônio jurídico prejudicado e munícipes que encontrarão óbices para a concretização do direito à cidade.

Nesse caso, tomando-se a tradicional interpretação do princípio da indisponibilidade, far-se-ia necessário aguardar o moroso deslinde da ação judicial – sem mencionar os custos referentes ao seu trâmite – acrescido do tempo necessário à construção do referido bem e a sua colocação em condições de uso. Logo, os munícipes, durante este lapso temporal, não teriam condições de efetivar aquele direito fundamental, pois isto dependeria da mencionada obra, o que somente aconteceria num momento futuro e incerto. A ação judicial, portanto, embora seja, um meio hábil a garantir o acesso ao bem, não é, de fato, o mais adequado, em razão da morosidade que prejudica a efetivação do direito fundamental.

Ciente destes meandros, o legislador infraconstitucional inseriu no artigo 5º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, o §6º, que prescreve os "Termos ou Compromissos de Ajustamento de Conduta". Por meio deles, o promotor de justiça e o Município[180], em comum acordo[181], decidirão o prazo para a realização da obra e a sua colocação em funcionamento, garantindo-se, em caso de inadimplemento, a execução do aludido "Termo ou Compromisso", porquanto o mesmo possui "eficácia de título executivo extrajudicial".

Assim, esta alternativa não comprometeria, em caso de inadimplemento do Ente Público, a celeridade na realização da obra e colocação da mesma em funcionamento – ao menos quando comparada ao trâmite da Ação Civil Pública. Afinal, devido à maior rapidez no julgamento de Ações de Execução[182].

O instrumento prescrito no sobredito §6º, longe, portanto, de significar disponibilidade, representa a aplicação do meio mais adequado para atingir aquela finalidade, o que estaria em consonância às lógicas da "consensualidade" e da "Administração de resultados" acima mencionadas. Logo, a norma de decisão, contida no instrumento firmado entre as partes, possibilita a concretização do direito fundamental em questão ao garantir o

---

[180] Embora o exemplo se refira a um caso envolvendo um Ente Público, não se pode esquecer que a Ação Civil Pública pode ser proposta contra atos cometidos por indivíduos ou por pessoas jurídicas de direito privado que não tenham qualquer relação com um Ente Público. Logo, seria admissível que o aludido "Termo de Ajustamento de Conduta" fosse firmado também com estes sujeitos – não se fazendo necessário considerar o seu patrimônio financeiro, já que, as obrigações envolvidas nem sempre se revestiram de conteúdo pecuniário.

[181] Nem sempre o que motiva os Entes Públicos – ou os gestores públicos – a celebrarem estes acordos é a realização dos direitos fundamentais. Na verdade, eles podem considerar que estas avenças são uma alternativa para evitar uma possível condenação judicial pelo descumprimento de uma obrigação legalmente definida.

[182] Ao considerar estes aspectos, poder-se-ia afirmar que os referidos "Termos de Ajustamento de Conduta" representariam uma invasão da lógica política – fundada na negociação e nos acordos – na lógica jurídica – fundada no binômio lícito/ilícito. Esta exegese, embora encontre fundamentos, não aborda a questão em sua totalidade, pois ela desconsidera a sobredita afirmação acerca das consequências do inadimplemento do acordo. Ela desconsidera também que a centralidade dos direitos fundamentais ampliou o sentido de legalidade para abarcar a juridicidade/legitimidade que sustentaria o citado instrumento. Logo, este último aspecto se ligaria ao que Diogo de Figueiredo Moreira Neto nomeou de legalidade finalística: a realização dos direitos fundamentais. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 111-112.)

acesso ao bem num prazo considerado razoável[183]. Ademais, não se poderia afastar esta norma de decisão, pois, isto ensejaria as consequências advindas do descumprimento do Termo.

Esta interpretação traz subsídios à compreensão do segundo exemplo: as medidas compatibilizadoras, mitigadoras e compensatórias[184] existentes, por exemplo, no Direito Ambiental e no Direito Urbanístico. Tais medidas não são uma autorização para a degradação do ambiente ecologicamente equilibrado ou das condições de habitabilidade das cidades[185]. Porém, elas se constituem como meios de construir alternativas que busquem possibilitar o desenvolvimento de empreendimentos e a tutela daqueles bens juridicamente tutelados. Além disso, elas objetivam proporcionar o equilíbrio entre os impactos decorrentes destes empreendimentos e a tutela dos mencionados bens e, também, evitar – ou, no mínimo, reduzir – a ocorrência de consequências indesejadas. Em síntese, portanto, estas medidas se tornam instrumentos que, por meio do consenso, objetivam possibilitar a tutela ambiental e urbanística.

Dessa forma, as negociações que precedem a celebração dos "Termos de Ajustamento de Conduta" e das medidas ambientais e urbanísticas não têm por objeto os direitos fundamentais envolvidos, mas a forma de realiza-los, em consonância aos aspectos fáticos existentes[186]. Logo, estas negociações se coadunam ao papel de gestor do interesse público atribuído ao Estado. Esta nuance salienta, portanto, a multiplicidade de formas

---

[183] Esta exegese está em consonância às orientações de Joshua Cohen, Jon Elster e Amartya Sen. Embora a "Administração consensual" e a "Administração de resultados" inspirem-se na lógica de mercado, adotar os seus pressupostos não significa desmerecer a lógica inerente à esfera pública ou os seus processos decisórios. Reconhece-se que a legitimidade democrática não se resume aos procedimentos empregados para a tomada de decisões, mas, abarca, também, os resultados abrangentes produzidos – no caso do exemplo acima, a construção do edifício e seu funcionamento de forma a realizar o direito fundamental à educação. (COHEN, Joshua. *Op. cit.*, p. 116; ELSTER, Jon. *Op. cit.*, p. 247; SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 136; SEN, Amartya. *A ideia...*, p. 433 e 445.)

[184] Todas estas medidas são definidas conforme procedimentos prescritos em lei, os quais devem considerar avaliações e estudos técnicos, bem como a participação dos sujeitos atingidos pelos aludidos impactos. Assim, pode-se definir que as medidas compatibilizadoras se destinam a conciliar o empreendimento com os bens juridicamente tutelados, como o ambiente ecologicamente equilibrado, a paisagem urbana, a rede de serviços públicos e a infraestrutura urbana. As medidas compensatórias são aplicáveis para compensar – isto é, indenizar – impactos irreversíveis que não podem ser evitados. As medidas mitigadoras, por sua vez, destinam-se a prevenir impactos adversos ou a reduzir aqueles que não podem ser evitados.

[185] Embora os "Termos de Ajustamento de Conduta" e as medidas em questão não se constituam em autorização para a prática de atos ilícitos, existe o risco destas espécies de transação reforçarem uma situação de impunidade que poderia estimular ou reduzir as barreiras que impediriam a repetição destas práticas. (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Mitologias institucionais brasileiras: do Leviatã paralítico ao estado de natureza. *Educação e sociedade*, v. 16, n. 53, p. 790-804, 1995. p. 800-802.). Reconhecer este risco é importante e ele deve ser considerado quando se propuserem qualquer um destes mecanismos, para se evitar que a utilização das possibilidades abertas pelo ordenamento jurídico seja empregada contra os fundamentos e finalidades do próprio direito.

[186] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 83. Poder-se-ia dizer que os citados instrumentos, por estarem prescritos em lei, não ilustrariam a existência da indisponibilidade do interesse público no discurso de aplicação, nos termos aqui propostos. No entanto, recorde-se que, os textos jurídico-normativos são imprescindíveis ao discurso de aplicação, pois eles fixam o quadro em que se realizará a concretização do interesse público.

envolvidas no discurso de aplicação e enfatiza a identificação do interesse público como resultado deste discurso, o qual seria indisponível exatamente por ser a solução do caso em análise.

2.2 O direito à cidade como elemento teleológico da disciplina jurídica do urbanismo no Brasil

A eclosão do intervencionismo estatal do final do século XIX e início do século XX teve diversos efeitos sobre o direito público. Houve o aumento da produção de leis especiais sobre os mais diversos temas[187]. Houve a ampliação da ação estatal em diversas áreas e o desenvolvimento dos novos instrumentos de atuação jurídica. Ademais, houve a ampliação do número de órgãos administrativos e da própria noção de serviço público e o aumento de atividades que passaram a ser consideradas como insertas nesta função administrativa. Enfim, houve o aumento da produção de textos jurídico-normativos que, valendo-se do poder de polícia, disciplinavam a atuação dos indivíduos e do próprio Estado em diversos âmbitos.

Este último aspecto ganhou força a partir do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais e da instauração do Estado de Bem-Estar Social, quando o Estado passou a se ocupar da resolução de conflitos sociais não solucionados ou provocados pelo modelo liberal clássico. Porém, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais e, consequentemente, da dignidade humana – a partir da Segunda Guerra – e a necessidade de racionalização das ações estatais – principalmente dos seus custos e das suas possibilidades de solucionar os conflitos existentes – modificaram a forma como se conceberiam as ações estatais e os textos jurídico-normativos a elas relacionados.

As ações estatais não deveriam ser elaboradas como medidas pontuais e eventuais, mas deveriam ser construídas de forma organizada, planejada e global, constituindo-se, portanto, como políticas públicas. Estas deveriam partir de diagnósticos da realidade – realizados a partir de estudos técnicos e empíricos – e da elaboração de prognósticos para as situações-problemas verificadas. Estes dois elementos possibilitariam o planejamento, de forma escalonada e minuciosa, dos diversos programas e ações concretas a serem realizados, bem como dos recursos técnicos e financeiros necessários à execução de cada uma das fases.

[187] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*

Ademais, elas deveriam possuir sistemas e mecanismos de verificação de resultados finais e parciais – que possibilitassem o seu redirecionamento.

Outrossim, elas deveriam contar com instrumentos técnicos e jurídicos diversos aptos a serem empregados em cada uma das fases, devendo todos estes aspectos se vincularem e se dirigirem lógica e claramente à solução dos problemas verificados. Enfim, estas políticas públicas deveriam assegurar aos indivíduos – atingidos ou não por todo o processo – a participação em todas as fases envolvendo o *iter* de elaboração, execução e controle de cada uma destas políticas[188].

As políticas públicas, enquanto ações estatais, submetem-se, portanto, ao princípio da legalidade. Isto demonstra um primeiro contato entre elas e o ordenamento jurídico[189] e, consequentemente, insere no segundo uma série de complexidades inerentes às primeiras. Por exemplo, o desenvolvimento de mecanismos jurídicos aptos a analisar condutas que, embora lícitas, são consideradas como indesejadas. Outra ilustração é o reconhecimento da coesão dinâmica como critério definidor de hierarquização de textos jurídico-normativos e de aferição de sua validade ou eficácia jurídicas[190].

---

[188] Assim, embora definida no âmbito estatal, isso não significa que as políticas públicas se restrinjam às ações do Estado. Ao contrário, a sua execução se realiza por uma miríade de formas jurídicas, como leis, atos unilaterais, processos, além da transferência ou colaboração com, para o setor privado, por meio de contratos, por exemplo. (LEAL, Rogério Gesta. Gestão pública compartida e organizações sociais: um novo paradigma à Administração Pública. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. p. 35-110.)
É por isso que António Francisco de Souza afirma que os temas relacionados ao planejamento, enquanto técnica de consubstanciação de dada política pública, nem sempre podem se adequar às figuras jurídicas tradicionalmente concebidas. Afinal, os planos se dirigiriam para uma concretização futura, o que poderia ocorrer por meio de inúmeras manifestações volitivas, passíveis de reorientação constantes, e sujeitas a um processo de permanente avaliação de efetividade. (SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos indeterminados" no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 129-132.)

[189] MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma abordagem do direito. *Legislação*, Lisboa, n. 1. p. 39-49, abr./jun. 1991. p. 44.

[190] A coesão dinâmica – embora José Afonso da Silva, a considere um princípio do Direito Urbanístico – é um princípio de todos os ramos do Direito e textos jurídico-normativos que: sejam analisados como políticas públicas; que se originaram delas; ou que tenham por objetivo realizar a finalidade das mesmas. Segundo este princípio, os textos jurídico-normativos, quando analisados individualmente, possuem: fins imediatos relacionados à tutela de um dado bem juridicamente relevante; e fins mediatos cujo objetivo é a realização do escopo de uma determinada política pública – o que somente seria possível se o objetivo imediato fosse atendido. Assim, a eficácia de um texto jurídico-normativo "somente (ou especialmente) decorre [e pode ser aferida] de grupos complexos e coerentes de normas e tem sentido transformacionista da realidade". (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62 e 63.)
O excerto acima possibilitaria afirmar que o princípio da coesão dinâmica prescreveria que os textos jurídico-normativos, ao serem aplicados num dado caso concreto, deveriam se pautar por uma interpretação sistêmica. Porém, se este for o seu conteúdo, o princípio não acrescentaria novidades ao sistema jurídico. Afinal, este expediente é imprescindível ao discurso de aplicação.
Todavia, poder-se-ia compreender que o conteúdo do princípio seria a harmonização dos diversos textos jurídico-normativos, os quais serão analisados teleologicamente. Isto é, serão analisados em razão da sua compatibilidade com o escopo da Política Pública, o que a tornaria uma derivação do princípio *lex specialis derogati generali* – a finalidade inscrita no diploma normativo tornaria aquele regramento jurídico especial face aos demais.

Além deste ponto de contato, a compreensão das políticas públicas enquanto um *iter* – um processo que envolve tomada de decisões, a sua execução e controle – impactou as bases propedêuticas do próprio Direito Administrativo. Afinal, a perspectiva do ato administrativo que se constituiu como cerne deste ramo do Direito se ampliou para o processo administrativo de produção de atos voltados à realização dos direitos fundamentais, o cerne da noção de interesse público.

Enfim, o contato entre as políticas públicas e o ordenamento jurídico demonstra a necessidade de que este se ocupe de temas antes relegados e restritos ao âmbito dos analistas daquelas. Assim, situações antes excluídas das disciplinas jurídicas tradicionais – porque inexistentes até aquele momento, ou por se constituírem em temas indiferentes ao direito – passaram a exigir regramentos específicos. Estes modificaram a percepção sobre as ações estatais incidentes sobre as relações intersubjetivas, pois aquelas ações não se apresentavam unicamente como meras limitações à autonomia privada, mas conformavam os direitos envolvidos nestas relações.

Além disso, estes regramentos ampliaram os âmbitos de aplicação dos ramos tradicionais do Direito e, em alguns Estados, levaram à criação de novas disciplinas jurídicas. Isto é, as políticas públicas criadas para atender às necessidades contemporâneas catalisaram o processo de autonomização – iniciado no período intervencionista – de sub-ramos do Direito Administrativo que se ocupavam das relações jurídicas que dela decorriam.

Estas imbricações entre Direito e Políticas Públicas são tão relevantes que a Constituição brasileira atual, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – dedicou os Capítulos II e III aos regramentos gerais das Políticas Urbana e Agrária respectivamente. É, neste contexto, que a ordenação espacial, notadamente, a questão urbana e a "busca de soluções" para a "problemática urbana"[191], inserem-se como um problema jurídico, cuja resposta sistêmica foi a criação de um regramento jurídico específico. Este é, portanto, o objeto desta seção, a qual se divide em dois segmentos. No primeiro se investigam os sistemas da Europa latina ocidental e as soluções que eles produziram para a sobredita problemática. Enfim,

---

Assim, a lei posterior, ainda que de mesmo grau hierárquico que a anterior, nem sempre a revogaria. Logo, se a lei posterior contrariar a finalidade da Política Pública prescrita legalmente: ela não será coesa/compatível com aquele regramento específico e, por isso, se o âmbito de aplicação desta segunda lei for o mesmo da primeira, a lei posterior será materialmente inadequada. Todavia, se o âmbito de aplicação da lei posterior for amplo – abrangendo diversas situações, inclusive aquela da primeira lei – a eficácia desta lei posterior será restringida, pois, não se aplicará nas hipóteses reguladas pela primeira lei – que é, em relação à segunda, uma lei especial.

[191] LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana*. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 19.

no último segmento, apresentam-se alguns aspectos da sistemática brasileira de forma a definir o elemento nuclear em torno do qual se estruturam as ações estatais sobre a matéria.

2.2.1 A ordenação espacial nos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental

A inserção da questão urbana e da ordenação espacial nos debates da Organização das Nações Unidas denota, de um lado, a emergência da "zona crítica" do eixo lefebvriano. As consequências desta inserção foram as diversas alterações nas formas de atuação dos Entes Públicos no tocante ao fenômeno urbano e os efeitos destas ações no território como um todo. Lado outro, a ampliação do objeto do Urbanismo, visto que, em termos espaciais, ele não se restringiria mais à ordenação da cidade, mas abarcaria, também, a organização de todo o espaço[192].

Como comprova o exemplo francês do *aménagement du territoire*, esta perspectiva totalizante já se fazia notar no pós-Segunda Guerra Mundial. Esta perspectiva implicou na adoção de modelos técnicos prévios que forneciam soluções passíveis de reprodução nas mais diversas realidades, rápidas e, aparentemente, eficazes e apolíticas[193].

No entanto, as críticas a estes modelos, iniciadas ainda no período dos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna, e reunidas nas Declarações de Vancouver e de Istambul – demarcaram uma transição dos debates técnicos. Se, até 1970, eles se centravam na garantia de solo livre aos habitantes das cidades – o que seria possível mediante, por exemplo, o emprego

---

[192] Uma das características do Urbanismo, herdada das concepções anteriores, foi a compreensão de que a cidade possui uma base física e, consequentemente, influencia o território que a circunda, ampliando, assim, o seu objeto de estudo: "O objeto do urbanismo se amplia desse modo até incluir não somente a cidade, mas todo o território, tanto o setor urbano como o rural. Assim, o urbanismo se apresenta como a ciência do estabelecimento humano, preocupando-se substancialmente com a racional sistematização do território, como pressuposto essencial e inderrogável de uma convivência sã e ordenada dos grupos de indivíduos, que nele transcorre sua própria existência, ou, em outras palavras, o *urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana*". (Itálico no original) (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 31. No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na década de 1970, afirmou que o Urbanismo "transcendeu os problemas urbanos", para compreender a cidade integrada ao espaço rural e às demais cidades, "em plano local, regional, nacional e, em próximo futuro, até mesmo continental e global" – o que se confirmou no final do século XX e início do século XXI. Para mais informações: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e o direito urbanístico*: instrumentos jurídicos para um futuro melhor. São Paulo: Forense, 1975. p. 54.)

[193] Com fundamento em Bourdieu, pode-se afirmar que as propostas do Urbanismo, ao se distanciarem do caso concreto, constituíram-se em um único arquétipo aplicável e adaptável a diversas cidades, mas que desconsideravam as especificidades locais. Assim, ao se afastarem das categorias tempo e espaço, estas propostas se identificaram ao que o autor chamou de "poder simbólico". Elas homogeneizaram soluções que reproduziam uma ordem que marcaria, ao mesmo tempo, um padrão de organização espacial e aquilo que dele está excluído. (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 9-15.)

de técnicas construtivas como o pilotis. Com o passar do tempo, estas discussões passaram a envolver o acesso à terra, em consonância às orientações do Estado de Bem-Estar Social. Para, finalmente, centrarem-se no uso da propriedade privada e na redução dos efeitos negativos decorrentes do sistema capitalista – como seria o caso, por exemplo, do controle sobre a emissão de poluentes e produção de resíduos[194].

Assim, o Urbanismo deixou de ser pensado apenas como arte, ciência ou técnica de intervenção espacial, para ser compreendido como uma reunião destas perspectivas que, juntamente com outras ciências parcelares[195] contribuiria para a formação de uma decisão estatal que objetivaria transformar o espaço para realizar uma finalidade, inserta no âmbito do interesse público[196]. Dessa forma, segundo Lacaze, os métodos técnico-científicos do Urbanismo poderiam identificar "as vantagens e os inconvenientes" que cada opção de alteração espacial geraria para "cada uma das categorias de cidadãos envolvidos". Isto é, o Urbanismo forneceria informações à mediação e à tentativa de conciliação dos interesses envolvidos[197].

Reafirmou-se, portanto, o Urbanismo como uma ação pública, em que seus modelos técnicos se adequariam ao conteúdo do interesse público. Assim, as ações estatais de Urbanismo se sujeitariam à mesma disciplina jurídica e às mesmas eventualidades das demais formas de atuação estatal. Neste sentido, podem-se mencionar as limitações e as possibilidades financeiras dos Entes Públicos, as possibilidades de participação privada na execução de intervenções urbanísticas, os riscos de captura dos Entes Públicos pelos interesses privados[198], os

---

[194] LAMAS, José M. Ressano Garcia. *Morfologia urbana e desenho da cidade*. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1992. p. 306.

[195] Dessa forma, abandonou-se uma concepção unidisciplinar, para privilegiar a problematização da realidade, para que os conhecimentos do Urbanismo interagissem com outras áreas do saber humano. Assim, a decisão envolvendo a ordenação espacial ganhou ares transdisciplinares em que cada ciência contribuiria à realização de um dado fim. (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 24-25.)

[196] LACAZE, Jean-Paul. *Os métodos do urbanismo*. Campinas: Papirus, 1993. p. 10-17. Afirmar que o Urbanismo objetiva a produção de uma determinada decisão, segundo Lefebvre, não excluiria o seu caráter científico, mas, reafirmá-lo-ia, pois: o "urbanismo, enquanto ideologia, dissimula estratégias. A crítica do urbanismo terá esse duplo aspecto: crítica das ideologias urbanísticas, crítica das práticas urbanísticas (enquanto práticas parciais, redutoras, e estratégias de classe). Essa crítica ilumina o que se passa realmente na prática urbana: os esforços inábeis ou esclarecidos para pôr e resolver alguns problemas da sociedade urbana. Ela substitui as estratégias dissimuladas sob lógicas de classe (a política do espaço, o economicismo etc.) por uma estratégia vinculada ao conhecimento". (LEFEBVRE, Henri. *Op. cit.*, p. 129.)

[197] Emprega-se a expressão "tentativas de conciliação" porque, segundo Lacaze, nem sempre as decisões de urbanismo satisfarão, "ao mesmo tempo", os interesses dos "proprietários de terrenos e os candidatos às casas, os automobilistas e os pedestres, os corretores imobiliários e os ecologistas, os jovens esportistas e as pessoas idosas etc [...]" (LACAZE, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 17.)

[198] Esta participação privada – ou empresariamento da questão urbana – poderia ser ilustrada pelos inúmeros processos de revitalização de zonas degradadas. A possibilidade de cooptação poderia ser exemplificada pelo exercício de um controle fictício dos Entes Públicos competentes sobre o solo e suas transformações – em benefício dos interesses econômicos de empreendedores imobiliários, os quais não teriam lastro nos direitos fundamentais e, por decorrência na dignidade humana. No que concerne a este último aspecto, Milton Santos

mecanismos de correção das disfunções da esfera pública decorrentes da citada cooptação. Estes riscos de cooptação e os seus efeitos segregacionistas explicam, portanto, a ênfase que as Conferências Habitat I e II dispensaram a temas como a construção da capacidade institucional dos Entes Públicos e a gestão participativa das diversas ações sobre a ordenação espacial.

Esta democratização incorporou a percepção que cada indivíduo tem da cidade e a forma como se dá a sua identificação com o meio[199]. Assim, à esfera simbólica[200] se agregou o processo decisório em matéria de Urbanismo, o que resultou na quebra da hierarquização entre o conhecimento científico e o senso comum[201]. Contatou-se, também, o estabelecimento de uma relação dialógica, complementar e dialética entre atores públicos e privados e entre a esfera simbólica dos indivíduos, o Urbanismo e as demais ciências parcelares[202]. Assim, salientou-se a importância da base informacional para todos os participantes dos processos decisórios referentes a esta função pública. Enfatizou-se, ainda, a importância das atuações individuais e gregárias para a defesa dos direitos fundamentais envolvidos nas diversas formas de atuação pública e privada em matéria de Urbanismo.

Em síntese, objetivou-se que todos os sujeitos aptos a atuarem na esfera pública – notadamente os indivíduos – internalizassem e se conscientizassem sobre a cidade que têm, a cidade que querem e a forma que elegeram para transformar aquela nesta. Isto tornava a todos eles protagonistas das ações de Urbanismo.

Dessa forma, ainda que se questione se as Declarações de Vancouver e Istambul obrigam os Estados membros da Organização das Nações Unidas, tem-se que as suas determinações influenciaram o Urbanismo e as demais ciências parcelares ocupadas do

---

afirmou que, "a urbanização corporativa, isto é, empreendida sob o comando dos interesses das grandes firmas constituiu um receptáculo das consequências de uma expansão capitalista devorante dos recursos públicos, uma vez que estes são orientados para os investimentos econômicos, em detrimento dos gastos sociais". (SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*, 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 96.)

[199] Isto seria comprovado pela ênfase que as Declarações de Vancouver e de Istambul confeririam à preservação de elementos físicos relacionados à formação identitária dos grupos.

[200] A expressão "esfera simbólica" não é tomada, aqui, numa acepção de poder simbólico, nos termos de Bourdieu, mas na sua destruição, por meio da tomada de consciência do arbitrário das intervenções urbanísticas que não considerem os vários interesses em conflito, notadamente os das camadas sociais tradicionalmente excluídas, o que somente pode ocorrer pela consideração das várias visões e interpretações individuais sobre o território. (BOURDIEU, Pierre. *Op. cit*., p. 15.)

[201] Compreendeu-se que o argumento da neutralidade científica conferia ao Urbanismo uma autoridade que, de um lado, reduzia os indivíduos a espectadores das ações estatais e a compradores de espaço. Lado outro, ela camuflava as relações e interesses que atuavam na cidade, encobrindo o domínio do espaço, a luta pelo lucro advinda da apropriação do solo e a apropriação do mais-valor urbano. (LEFEBVRE, Henri. *Op. cit.*, p. 143.)

[202] "Além dos aspectos práticos, a reflexão sobre os métodos participativos abriu novas perspectivas ao papel respectivo dos diversos campos disciplinares no domínio do urbanismo. Ele torna explícito o papel das ciências humanas como domínio cultural cujo conhecimento é indispensável a todos os especialistas, qualquer que seja sua formação inicial, a partir do momento em que se decide renunciar à utopia tecnocrática que consiste em tentar fazer a felicidade dos habitantes sem pedir sua opinião". (LEFEBVRE, Henri. *Loc. cit.*)

fenômeno urbano – como se vê nos argumentos de Lacaze. Estas declarações influenciaram os diversos sistemas jurídico-políticos nacionais[203].

Este panorama técnico extrajurídico, as determinações internacionais e a emergência da "zona crítica" do eixo lefebvriano impuseram aos ordenamentos jurídicos a necessidade de se adequarem a esta nova realidade. Esta afirmação pode ser ilustrada, por exemplo, por algumas tendências no tocante à evolução do tratamento jurídico do tema.

Assim, o século XXI exigirá, segundo Filippo Salvia e Francesco Teresi[204], que os Estados desenvolvam mecanismos para regular a renda fundiária, notadamente urbana, afinal, ela é um dos principais elementos responsáveis pelos problemas inerentes à questão urbana atual. Segundo os autores, um destes mecanismos é a ampliação da participação popular, tornando-a efetiva na definição das diversas ações que objetivem alterar a configuração espacial e salvaguardar os bens naturais e culturais. Neste mesmo sentido, encontra-se o aumento da descentralização e a possibilidade de produzirem-se soluções locais ajustadas às especificidades de cada conformação territorial. Igualmente, tem-se a vinculação das ações econômicas e aquelas atinentes ao território, já que as primeiras impactam no segundo.

Em sentido aproximado, Fernando Alves Correia[205] considera que as novas exigências da disciplina envolvem: a melhoria do "espaço urbano", de sua "qualidade ambiental" – o que envolve a preservação do ambiente natural e construído. Estas novas exigências implicam, também, a melhoria da "qualidade de vida das pessoas", a contenção do crescimento das cidades e da periferização, mediante operações de reestruturação e renovação de áreas e edifícios – o que, porém, pode ser um mecanismo gerador de gentrificação.

Esta disciplina requer a participação popular na elaboração e execução dos planos e o estímulo ao envolvimento de atores privados na realização de intervenções. Ela requer, ainda, o fomento à "redistribuição de competências" entre os diversos Entes Públicos territoriais, enfatizando-se a atuação dos entes locais e o poder do Estado em impor-lhes o dever de elaborarem diversas espécies de planos de intervenção. Enfim, ela impõe, também, a ampliação do âmbito de aplicação dos planos, os quais passaram a englobar "todos os fins

---

[203] Esta influência das determinações das Conferências pode ser percebida de várias formas. Por exemplo, elas passaram a integrar os programas das diversas disciplinas ocupadas de estudar o fenômeno urbano e, assim, influenciaram na formação dos técnicos que, posteriormente, subsidiariam os trabalhos das diversas comissões dedicadas a produzir os textos jurídico-normativos incidentes sobre a matéria. Elas foram absorvidas pelos diversos movimentos sociais, os quais passaram a pressionar os Estados para incorporá-las ao seu ordenamento jurídico. As agências de fomento e crédito internacionais passaram a exigir que os Estados adotassem as citadas determinações para que houvesse a liberação de recursos para a realização de diversas intervenções urbanas.

[204] SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Diritto urbanistico.* 7. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Millani, 2002, p. 4-5.

[205] CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*.2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. v. 1. p. 178-179 e 184-189.

relacionados com a ocupação, uso e transformação do solo", o que significa que eles passaram a abarcar "todo o espaço municipal e ainda áreas territoriais mais amplas".

Fernando Alves Correia, portanto, demarca que a tendência da disciplina é a transição de uma lógica quantitativa para outra qualitativa, as quais estariam em consonância aos argumentos de Henri Jacquot e François Priet[206]. Para eles, a partir da década de 1970 até o final dos anos 1990, o sistema francês evoluiu à procura de novos equilíbrios, os quais se sustentariam na melhoria da qualidade ambiental e da qualidade de vida dos indivíduos. Neste sentido, podem-se mencionar, por exemplo, a intensificação de textos jurídico-normativos sobre habitação social, a intensificação e aceleração da descentralização das competências, privilegiando as comunas. Elas deveriam coordenar suas ações e planos, cabendo ao Estado e aos Entes regionais o dever de salvaguardar esta coordenação e harmonização.

Assim, os autores afirmaram que o Século XXI apontava para novas necessidades, as quais se assemelham, em grande medida, àquelas mencionadas pelos demais autores. Neste sentido, pode-se citar, a efetividade da participação popular e a ampliação do uso de instrumentos contratuais para envolvimento dos atores econômicos privados na realização das intervenções urbanas. Pode-se mencionar, ainda, a agregação e o alargamento da disciplina que passaria a abarcar diversas situações envolvendo a alteração espacial, o que seria agravado pela ampliação da influência do direito comunitário nesta área. Igualmente, pode-se citar a garantia da segurança jurídica que poderia ser prejudicada pela complexificação dos instrumentos estatais de atuação.

Apesar das similitudes destes prognósticos, os Estados Nacionais da Europa latina ocidental não produziram soluções idênticas à questão. Em razão das especificidades nacionais – históricas, socioeconômicas e políticas – os seus sistemas jurídicos se conformaram de forma diversa. Isto pode ser notado a partir de quatro critérios taxonômicos: a disciplina da ordenação espacial – a relação entre o ordenamento do território e o direito urbanístico; a repartição de competências entre os Entes Públicos para legislar/atuar nesta matéria; a previsão constitucional da função social da propriedade; as tentativas de separação entre o direito de propriedade e o direito de construir.

A partir destes critérios, os sistemas jurídicos acima mencionados podem ser classificados em duas matrizes: a franco-lusitana e a ítalo-espanhola. Estas, longe de serem excludentes, representam tradições que se comunicam e que tendem a se aproximar,

[206] JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 40-53.

notadamente diante da influência da União Europeia que, a partir do final do Século XX, intensificou as suas preocupações sobre este tema.

Assim, antes de avançar sobre a exposição acerca das sobreditas matrizes, faz-se necessário apresentar uma observação. Embora a importância dos critérios taxonômicos acima mencionados, somente o primeiro será analisado, devido à sua pertinência ao tema.

2.2.1.1 A matriz franco-portuguesa

A matriz franco-lusitana reconhece a ordenação territorial – *l'aménagement du territoire*, na França, e *ordenamento/ordenação do território*, em Portugal – como uma política pública de caráter nacional. Ela, em linhas gerais, caracterizar-se-ia pela índole econômica, pela ordenação espacial em sentido macro, mediante a distribuição de pessoas e atividades públicas e privadas no território nacional, conforme as potencialidades de cada região. Além disso, ela se caracterizaria também pelo emprego de mecanismos de orientação, fomento e incentivo para a alocação das atividades produtivas privadas[207].

Esta política pública está regulada: na França, pela *Loi n. 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* – Lei n. 95-115, de 04 de fevereiro de 1995, de orientação para a ordenação e o desenvolvimento do território. Em Portugal, ela é regida pela Lei n. 31/2014, de 30 de maio, que prescreve as bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo.

Embora a lei francesa quando comparada à lei portuguesa contenha dispositivos e objetivos específicos e metas sobre algumas políticas públicas setoriais[208], notam-se entre elas pontos de aproximação. Por exemplo, os objetivos, a criação de uma estrutura administrativa de gestão territorial e aos mecanismos de redução/compensação das desigualdades regionais.

---

[207] BROUANT, Jean-Philippe. Aménagement du territoire. In: JÉGOUZO, Yves (Org.). *Droit de l'urbanisme*: dictionaire pratique. 2. ed. Paris: Le Moniteur, 2013. p. 62-63; KALFLÈCHE, Grégory. *Droit de l'urbanisme.* Paris: Presses Universitaires de France, 2012. p. 23-24; JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Op. cit.*, p. 12-13; LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico.* Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 311-315; CORREIA, Fernando Alves. *Manual...*, p. 62-78.

[208] Por exemplo, o disposto no artigo 14, da Lei n. 95-115, de 04 de fevereiro de 1995, que prescreve: "*Art. 14 – Afin de réaliser une répartition équilibrée de la recherche sur le territoire national, l'État incite, selon des modalités adaptées à la recherche scientifique, les laboratoires privés à choisir une localisation conforme aux orientations des schémas de services collectifs*". Numa tradução livre: "Art. 14 – Para realizar uma repartição equilibrada da pesquisa no território nacional, o Estado incitará, segundo as modalidades adequadas à pesquisa científica, os laboratórios privados a se localizarem, conforme as orientações dos esquemas de serviços coletivos".

Em relação aos primeiros verifica-se, conforme os artigos 1 e 2, da lei francesa e os artigos 2º e 37º, da lei portuguesa[209], a busca pela: distribuição equitativa das atividades; o acesso aos bens e serviços públicos aos indivíduos e aos atores econômicos privados. Estes objetivos buscam, não somente, a recuperação de áreas degradadas e a integração das zonas rurais em declínio, mas, também, a coordenação entre as políticas nacionais, comunitárias e locais com impacto territorial. Busca-se, também, o desenvolvimento de ações de longo prazo para a ordenação territorial.

No tocante à estrutura administrativa, a lei portuguesa, conforme os artigos 38º a 45º, prescreve que os diversos programas em âmbito nacional, regional, intermunicipal e municipal se integrarão e coordenarão, mediante, por exemplo, a celebração de contratos entre os Entes Públicos territoriais, nos termos do artigo 47º. A lei francesa, além de prescrever esta integração e a possibilidade de contratualização, prescreve, ainda, a criação de uma estrutura administrativa responsável por elaborar os planos e ações aplicáveis a esta política[210].

Em ambos os casos tem-se a preocupação com os meios de financiamento destas ações, bem como o estabelecimento do grau de vinculação dos documentos relacionados à ordenação territorial. Por exemplo, os documentos nacionais vinculam os diversos Entes Territoriais, como seria o caso dos Entes locais, mas não vinculam os entes privados[211]. Enfim, ambas as leis prescrevem mecanismos de redução/compensação das desigualdades regionais – "*péréquation*", na França, e "perequação", em Portugal. Porém, no caso francês, esta possibilidade encontra lastro constitucional[212], admitindo-se, segundo Jean-Philippe Brouant, duas espécies de dispositivos: um de âmbito vertical, mediante transferências do orçamento do

---

[209] Para uma evolução da teleologia da sistemática portuguesa: CONDESSO, Fernando dos Reis. *O ordenamento do território*: administração pública do território, direito do planejamento territorial, economia regional e políticas europeias. Lisboa: ISCSP, 2004. p. 639. Sobre a ampliação da disciplina e a inserção da temática ambiental no Direito lusitano: BOHTE, Anja. Direito do urbanismo, do ordenamento do território e dos solos em Portugal e na Alemanha. *Revista jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, n. 4, p. 289-319, 2014. p. 308.

[210] Entre estas estruturas estão: o "*Comité Interministériel d'Aménagement et Développement du Territoire et d'Attractivité Régionale (CIADT)*"; a "*Délégation Interministérielle à l'Aménagement du Territoire et à l'Attractivité Régionale (DATAR)*"; os "*Secrétaires Généraux pour les Affaires Régionales (SGAR)*". Numa tradução livre: "Comitê Interministerial de Ordenamento e Desenvolvimento do Território e de Atratividade Regional"; a "Delegação Interministerial para a Ordenação do Território e para a Atratividade Regional"; e os "Secretários Gerais para os Negócios Regionais". (BROUANT, Jean-Philippe. *Op. cit.*, p. 62; LAUBADÈRE, André de. *Op. cit.*, p. 311-315, 336-346, 358-359 e 365-371.)

[211] BROUANT, Jean-Philippe. *Op. cit.*, p. 62; BOHTE, Anja. *Op. cit.*, p. 315. No mesmo sentido, prescreve o artigo 46º, n. 1, da Lei portuguesa n. 31/2014, de 30 de maio: "Artigo 46º – Vinculação – 1 — Os programas territoriais vinculam as entidades públicas".

[212] Prescreve a parte final do artigo 72-2, da Constituição Francesa: "*Art. 72-2 – La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales*". Numa tradução livre: "Art. 72-2 – A lei prevê mecanismos de compensação/transferências financeiras destinados a favorecer a igualdade entre as coletividades territoriais".

Estado; e outro de âmbito horizontal, por meio de transferências entre coletividades territoriais[213].

Ambos os ordenamentos jurídicos convergem, também, no *status* jurídico atribuído ao conjunto de textos jurídico-normativos aplicáveis à disciplina da ordenação do território. Embora concebida, originalmente, como uma política pública, cujas regras se dirigiriam ao Direito Administrativo, a existência de uma lei especial parece indicar a autonomização, ainda que parcial, desta disciplina jurídica ou a sua identificação como um Direito Administrativo especial. Estas tendências, seriam, ainda, corroboradas pela terminologia adotada por alguns autores franceses[214] e portugueses[215] que falam em um *Droit d'Aménagement du Territoire*, na França, e num *Direito do Ordenamento do Território*, em Portugal, para diferenciá-los da disciplina jurídica do Urbanismo[216].

A discussão quanto ao *status* autonômico atinge, também, a configuração da mencionada disciplina jurídica do Urbanismo, pois, os sistemas jurídicos francês e português empregam denominações semelhantes para identificá-la. Isto é, *Droit de l'Urbanisme*, na França, e *Direito do Urbanismo*, em Portugal.

Em consonância à orientação do professor Washington Peluso Albino de Souza, ao discutir a autonomia do Direito Econômico, no Brasil, pode-se afirmar que o emprego da preposição "*de*", em ambos os idiomas, seria um mecanismo de conexão entre duas palavras indicando a relação existente entre os seus significados. Ao passo que, o emprego de um adjetivo – como administrativo, por exemplo – atribuiria uma característica ao substantivo. Isto é, o direito administrativo seria um ramo autônomo, porquanto reuniria "[...] regras, princípios e institutos próprios, que figuram ao lado dos demais (ramos do Direito) em posição de igualdade [...]"; enquanto o *droit de l'urbanisme/direito do urbanismo* indicaria o conjunto de textos jurídico-normativos que tratam de assuntos/temas relacionados ao urbanismo[217].

Assim, Grégory Kalflèche, Fernando Alves Correia e Maria Elizabeth Moreira Fernandez afirmam que a disciplina jurídica sobre o Urbanismo deveria ser considerada: um direito administrativo especial; ou um direito cuja autonomia parcial se sustentaria no "*principe*

---

[213] *Ibid*., p. 63.
[214] Por exemplo: Grégory Kalflèche, Henri Jacquot e François Priet.
[215] Por exemplo: Fernando Alves Correia, Maria Elizabeth Moreira Fernandez e Anja Bohte.
[216] KALFLÈCHE, Grégory. *Op. cit.*, p. 23; JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Op. cit.*, p. 12; CORREIA, Fernando Alves. *Manual...*, p. 62; BOHTE, Anja. *Op. cit.*, p. 315; FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada:* aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra). Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 108-109.
[217] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico.* 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 58-59.

d'indépendance des législations" – "princípio da independência das leis". Como é o caso do *Code de l'Urbanisme* francês e a sobredita Lei portuguesa n. 31/2014, de 30 de maio[218]. Entretanto, para Henri Jacquot e François Priet esta relação de pertença não se apresentaria da forma exposta por Grégory Kalflèche, embora, os primeiros autores citados afirmem que o *Droit de l'Urbanisme* francês "*se rattache pour l'essentiel au droit admnistratif*" – "relaciona-se essencialmente ao direito administrativo"[219].

Por sua vez, Suzana Tavares da Silva afirma que diversos fenômenos intrassistêmicos levam a um novo delineamento do Direito Administrativo – em geral, e do português em específico. No que concerne aos seus institutos tradicionais e no que concerne aos chamados direitos administrativos especiais, originando novas figuras jurídicas e a reajustes dogmáticos. Assim, para ela, tanto o Direito do Ordenamento do Território quanto o Direito do Urbanismo – em razão da especificidade dos temas tratados e de seu *status* constitucional – passaram a exigir um novo tratamento dogmático, que os autonomizou[220]. Isto poderia ser ilustrado pela percepção da progressiva patrimonialização e aquisição do direito de construir, pelo atual delineamento dos planos de ordenação espacial como figuras que, embora se assemelhem aos regulamentos, com eles não se confundiriam. Afinal, os planos conteriam um variado número de instrumentos de cunho vinculativo voltados à realização daquele bem jurídico.

Neste sentido, o emprego da partícula "de", em ambos os ordenamentos jurídicos, não indiciaria a pertença destas disciplinas ao Direito Administrativo. Ela encontraria justificativas na tradição, em sentido semelhante, portanto, ao que acontece com a expressão "Direito do Trabalho".

Assim, os sistemas jurídicos da matriz franco-lusitana reconhecem que o urbanismo é uma função pública, cuja realização exige a coordenação entre os diversos Entes Públicos territoriais, a concertação entre Entes Públicos, indivíduos e a iniciativa privada na realização das intervenções. Ademais, eles também convergem nos elementos diferenciadores entre esta disciplina e a citada política pública. No *Droit de l'Urbanisme/Direito do Urbanismo*, os textos jurídico-normativos se caracterizam pela prescrição de regras de comportamento obrigatórias aos atores privados, enquanto as regras de ordenação do território se marcariam, normalmente,

[218] KALFLÈCHE, Grégory. *Op. cit.*, p. 18-20; CORREIA, Fernando Alves. *Manual...*, p. 79. FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Op. cit.*, p. 108-109.
[219] JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Op. cit.*, p. 9.
[220] SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?* Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. p. 39-42.

pela função de incentivo/desestímulo[221]. Ademais, o âmbito de aplicação dos textos jurídico-normativos de *Droit de l'Urbanisme/Direito do Urbanismo* objetivam o micro-ordenamento territorial, o que poderia englobar o território de um ou vários Entes Públicos locais[222].

No que concerne a este último elemento, o *Code de l'Urbanisme* francês prescreve, no artigo L101-3 que os textos jurídico-normativos desta disciplina regulam "*l'utilisation qui est faite du sol, en dehors des productions agricoles, notamment la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions*". Isto é, regulam"a utilização do solo, exceto no que concerne à produção agrícola, notadamente a localização, as atividades, a implantação e a arquitetura das construções".

Esta regulação jurídica, bem como as ações públicas insertas nesta matéria objetivariam assegurar, conforme o artigo L101-2, o equilíbrio entre a cidade e o campo, a preservação do patrimônio natural/cultural, a mobilidade dos indivíduos e a qualidade de vida, do meio urbano. Ademais, elas objetivam garantir a diversidade de funções urbanas e rurais, mediante mecanismos de combate à segregação espacial, de garantia à moradia digna, de reabilitação de áreas urbanas e de distribuição geográfica de equipamentos públicos e redes de serviços públicos ou privados. Outrossim, elas visam racionalizar os gastos energéticos e melhorar o acesso aos meios de comunicação e transporte, evitando o uso de automóveis, "*la securité et salubrité plubliques*" – "a segurança e a salubridade públicas". Além disso, elas objetivam a prevenção de desastres naturais ou aqueles decorrentes da ação humana, a proteção dos recursos naturais. Elas têm por escopo, ainda, o combate às mudanças climáticas decorrentes de causas urbanas, mediante o fomento à redução das emissões de gases tóxicos, à eficiência energética das edificações e à produção/uso de fontes de energia renováveis.

Embora o sistema jurídico português não forneça uma conceituação legislativa para o *Direito do Urbanismo*, nem defina os objetivos a serem perseguidos por esta disciplina, tais elementos podem ser encontrados nos já mencionados artigos 2º e 37º, da Lei n. 31/2014, de 30 de maio. Estes dispositivos permitem afirmar a aproximação deste sistema jurídico com o

---

[221] BOHTE, Anja. *Op. cit.*, p. 315. Neste sentido, por exemplo, o artigo 46º, n. 2, da Lei portuguesa n. 31/2014, de 30 de maio: "Artigo 46º – Vinculação – 2 — Os planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal vinculam as entidades públicas e ainda, direta e imediatamente, os particulares".

[222] KALFLÈCHE, Grégory. *Op. cit.*, p. 24-25; JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Op. cit.*, p. 12-13; LAUBADÈRE, André de. *Op. cit.*, p. 311-315; CORREIA, Fernando Alves. *Manual...*, p. 62-78.
Não obstante esta afirmação, Fernando dos Reis Condesso afirma que a proliferação de textos jurídico-normativos sobre a ordenação territorial, em Portugal, encontra uma de suas causas no sistema de planejamento urbano restrito às cidades. Este sistema, conforme Anja Bohte, posteriormente, ampliou-se de forma que, a Lei n. 31/2014, de 30 de maio, prescreve, no artigo 42º, a figura do programa intermunicipal. (CONDESSO, Fernando dos Reis. *Op. cit.*, p. 544; BOHTE, Anja. *Op. cit.*, p. 293.)

francês[223]. Assim, a citada "Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo", ao reunir diversas disciplinas relativas à ordenação espacial em um único diploma contribuiria para demonstrar a relação entre a ordenação territorial e a disciplina jurídica do urbanismo[224] na matriz franco-portuguesa[225].

---

[223] Neste sentido, Fernando dos Reis Condesso afirmou que o sistema português, desde o final da década de 1990, apontaria que os objetivos da política de ordenamento do território seriam: "implementar o ordenamento do território simultaneamente como um quadro de coerência e de compatibilidade das políticas sectoriais e como um quadro de referência para a programação das grandes intervenções, que têm um efeito estruturante na organização do território (o que, de qualquer modo, só se conseguirá com a aplicação do EDEC/ETE e elaboração do Programa Nacional de Ordenamento do Território, como cabeça ideológica do sistema) suscitar a criação de uma rede de centros e cidades de média dimensão, permitindo assim reestruturar e modernizar o sistema urbano, potenciando sinergeticamente o desenvolvimento regional e local; reforçar a competitividade internacional das zonas metropolitanas de Lisboa e do Porto; promover uma integração espacial na União, uma internalização das bases produtivas dos centros urbanos e um desenvolvimento acelerado das regiões fronteiriças; revitalizar o mundo rural e valorizar e assegurar a protecção e gestão racional dos recursos naturais e do patrimônio cultural". (CONDESSO, Fernando dos Reis. *Op. cit.*, p. 547.)

[224] Esta reunião das disciplinas em um mesmo diploma normativo contribuiria, ainda com a corrente doutrinária que defende a falta de autonomia do *Direito do Urbanismo* português, pois, a carência de um diploma normativo específico forneceria subsídios para uma interpretação restritiva do princípio da autonomia das legislações. Isto, porém, não atinge os demais argumentos da orientação doutrinária oposta, principalmente diante da diferenciação prescrita pelos artigos 65º, n. 4 e 165º, n. 1, alínea *z*, todos da Constituição portuguesa, que tratam estas matérias de forma expressamente diferenciada. Neste sentido, prescrevem os mencionados dispositivos constitucionais: "Artigo 65º – Habitação e urbanismo – [...] 4 – O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística. Artigo 165º – Reserva relativa de competência legislativa – 1 – É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: [...] z) Bases do ordenamento do território e do urbanismo".

[225] Estas relações podem ser exemplificadas, no caso francês pelo artigo 2, da Lei n. 95-115, de 04 de fevereiro de 1995. Este artigo prescreve que a realização da coesão territorial e das opções estratégicas da política de ordenação territorial exigem uma gestão dos recursos naturais e dos equipamentos públicos e privados em consonância aos objetivos do *Droit de l'urbanisme* e das ações de urbanismo, constantes do artigo L 101-2, do *Code de l'Urbanisme*.

No que concerne ao direito português, Anja Bohte afirmou que a legislação anterior não adotou a denominação "planos municipais de urbanismo", mas, "planos municipais de ordenamento do território". Isto demonstraria, por um lado, que um único documento realizaria ambas as funções. Lado outro, poder-se-ia conjeturar se o Direito do Urbanismo português não tenderia a ser considerado um ramo do Direito do Ordenamento do Território, caso este seja visto como um ramo autônomo do Direito. (BOHTE, Anja. *Op. cit.*, p. 293.)

Esta orientação se manteve na atual conformação do ordenamento jurídico lusitano, conforme se verifica, por exemplo, no artigo 43º, da Lei n. 31/2014, de 30 de maio, que denomina os planos municipais como planos territoriais municipais, o que se faz notar, também, no Decreto-Lei n. 80/2015, de 14 de maio – que revisou o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial – o qual, em seus artigos 69º e 75º, prescrevem: "Artigo 69º – Noção – Os planos intermunicipais e municipais são instrumentos de natureza regulamentar e estabelecem o regime de uso do solo, definindo modelos de ocupação territorial e da organização de redes e sistemas urbanos e, na escala adequada, parâmetros de aproveitamento do solo, bem como de garantia da sustentabilidade socioeconómica e financeira e da qualidade ambiental. Artigo 75º – Objetivos – Os planos municipais visam estabelecer: a) A tradução, no âmbito local, do quadro de desenvolvimento do território estabelecido nos programas nacional e regional; b) A expressão territorial da estratégia de desenvolvimento local; c) A articulação das políticas setoriais com incidência local; d) A base de uma gestão programada do território municipal; e) A definição da estrutura ecológica para efeitos de proteção e de valorização ambiental municipal; f) Os princípios e as regras de garantia da qualidade ambiental, da integridade paisagística e da preservação do património cultural; g) Os princípios e os critérios subjacentes a opções de localização de infraestruturas, de equipamentos, de serviços e de funções; h) Os critérios de localização e a distribuição das atividades industriais, de armazenagem e logística, turísticas, comerciais e de serviços, que decorrem da

A citada identificação fornece, ainda, subsídios para situar o campo de aplicação espacial do *Droit de l'Urbanisme* francês e do *Direito do Urbanismo* português. Afinal, em ambos os casos, estes ramos do direito teriam por objeto a "ocupação, utilização e transformação dos solos para fins urbanísticos, isto é, para fins que excedam um aproveitamento agrícola, florestal, pecuário ou cinegético dos solos"[226].

Este espraiamento do âmbito de aplicação e a criação de uma disciplina jurídica sobre a ordenação territorial – seja ela autônoma ou não – encontram seus fundamentos na descrição lefebvriana da zona crítica e da expansão do tecido urbano. Isto, não descaracteriza as citadas disciplinas, mas representam: as tentativas de enfrentamento da questão urbana contemporânea, as possibilidades de abordagens conjuntas e dos inter-relacionamentos delas.

2.2.1.2 A matriz ítalo-espanhola

A matriz ítalo-espanhola, também identifica a ordenação territorial – *l'assetto territoriale*, na Itália, e a *ordenación territorial*, na Espanha – como uma política pública. Esta política pública se dirige à distribuição geográfica dos elementos físicos, humanos, naturais socioeconômicos e das redes de infraestrutura e serviços públicos e privados em consonância aos usos atribuídos a cada porção do território.

Assim, ambas as matrizes se assemelham quanto ao caráter extrajurídico da ordenação territorial, marcada por mecanismos de incentivo, coordenação e concertação. Ademais, elas são similares à possiblidade da disciplina jurídica sobre o urbanismo poder empregar os citados mecanismos, caracterizando-se, porém, por regras que vinculam os atores privados.

No entanto, na matriz ítalo-espanhola, até o final do século XX, a citada política pública era mencionada nos textos jurídico-normativos de forma esporádica, como uma

estratégia de desenvolvimento local; i) Os parâmetros de uso do solo; j) Os parâmetros de uso e fruição do espaço público; k) Outros indicadores relevantes para a elaboração dos demais programas e planos territoriais".

[226] Para Anja Bohte, o urbanismo poderia apresentar três acepções. A primeira se restringiria à "urbe e às suas expansões". A segunda abarcaria o território como um todo, mas excluiria as atividades não urbanas – o que seria o sentido adotado pela matriz franco-portuguesa. A terceira abarcaria o território inteiro e todas as atividades, mesmo aquelas consideradas ligadas ao campo – o que, praticamente, identificaria o urbanismo à ordenação territorial. (*Ibid*., p. 315. Em sentido oposto, Maria Elizabeth Moreira Fernandez, compreendeu que o sistema português adota a primeira acepção. Para mais informações: FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Op. cit.*, p. 108-109.)

faculdade do Estado, ou diretamente vinculada à ordenação urbana[227]. Assim, o *Diritto Urbanistico* italiano e o *Derecho Urbanistico* espanhol seriam um dos principais mecanismos para a realização da mencionada política pública. Isto possibilita afirmar que, nesta matriz: parte substancial do conteúdo jurídico daquela política pública era absorvido pela disciplina jurídica do urbanismo. Ademais, nestes sistemas faltavam elementos que sustentassem as discussões sobre a autonomia de um ramo do Direito ocupado da ordenação territorial nacional.

Além destas semelhanças, seguindo a sobredita orientação de Washington Peluso Albino de Souza, ter-se-ia que o emprego dos adjetivos *urbanistico*, em italiano, e *urbanístico*, em espanhol, autorizariam afirmar que esta matriz reconhece a autonomia desta disciplina. Porém, o reconhecimento da autonomia da disciplina não desconsidera os inúmeros pontos de contato entre ela e o Direito Administrativo – ramo do Direito de onde ela proveio

Ademais, outro ponto de contato entre os dois sistemas se encontraria no momento político de surgimento dos diplomas normativos que sistematizaram a disciplina e que buscaram alterá-la. De um lado, a Lei n. 1150, de 17 de agosto de 1942, que inaugurou esta disciplina na Itália, nasceu durante o governo fascista de Mussolini, enquanto a "*Ley del Suelo*" espanhola, de 1956, surgiu durante o período franquista[228]. Lado outro, as tentativas de separação total entre o direito de propriedade e o direito de construir ocorreram durante governos de esquerda ou com orientação socialista.

No entanto, a partir da virada do século XX para o XXI, a questão da globalidade territorial ingressou, de forma clara, nestes sistemas jurídicos, o que alterou suas conformações originais. No caso italiano, verifica-se que o artigo 1, da Lei n. 1150, de 17 de agosto de 1942, definiu que os objetivos do *diritto urbanistico* eram a ordenação e controle da atividade edilícia

---

[227] Neste sentido, na Itália, o artigo 5, da Lei n. 1150, de 17 de agosto de 1942, prescrevia que os "*piani territoriali di coordinamento*" – "planos territoriais de coordenação" – eram planos facultativos que coordenariam o desenvolvimento das ações de urbanismo e instalação de elementos infraestruturais, notadamente aqueles ligados ao sistema de transporte. (SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Op. cit.*, p. 42.)
Na Espanha, a ordenação territorial era pensada em relação aos seus aspectos urbanísticos, como comprovariam os artigos 6º e 7º, da Lei de 12 de maio de 1956, que prescreviam a figura do plano urbanístico nacional, que, embora se assemelhasse ao modelo francês, restringia-se ao âmbito das cidades. Em 1975, segundo Fernando dos Reis Condesso, a *Ley dos Suelos e Ordenación Urbana* integrou "vinculativamente a planificação urbanística na planificação territorial regional e na planificação económica" e submeteu a ordenação espacial "à defesa do ambiente urbano e natural", por "influência da Conferência de Estocolmo de 1972". Porém, o Real Decreto n. 1346/1976, de 09 de abril, prescrevia, nos artigos 6º e 7º, a figura do plano nacional de ordenação, que seguia a mesma orientação do modelo de 1956. O Real Decreto Legislativo n. 1/1992, de 26 de junho, nos artigos 65 e 66, seguiu a mesma orientação anterior – restrição à área urbana – esclarecendo o caráter facultativo do plano nacional de ordenação. (CONDESSO, Fernando dos Reis. *Op. cit.*, p. 531.)

[228] Para Ramón Parada, a Lei espanhola de 1956 tentou incorporar ao direito espanhol a disciplina italiana, e, para Fernando dos Reis Condesso, além desta influência, também se percebe a filiação à orientação inglesa. (PARADA, Ramón. *Derecho urbanístico*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 72; CONDESSO, Fernando dos Reis. *Op. cit.*, p. 530.)

nos assentamentos humanos, bem como o desenvolvimento das intervenções de urbanismo em todo o território.

A Constituição de 1948, em sua redação original, prescrevia no artigo 117, que a atividade urbanística era de competência das Regiões. Em 1977, criou-se a Lei n. 10, de 28 de janeiro – conhecida por *Legge Bucalossi* – que manteve a orientação da Lei de 1942 e reafirmou a inserção da atividade edilícia no âmbito da mencionada disciplina jurídica. Ainda em 1977, por meio do Decreto do Presidente da República n. 616, de 24 de julho, ampliou-se o âmbito desta disciplina jurídica que passou a compreender as regras relativas ao uso do território em todos os aspectos, inclusive no que se referia à sua transformação e à proteção ambiental[229].

Estas mesmas orientações foram mantidas pela Lei n. 47, de 28 de fevereiro de 1985 e pelo Decreto legislativo n. 80, de 31 de março de 1998. A primeira, em seu artigo 1, manteve a inserção das regras edilícias no âmbito do *Diritto Urbanistico*, enquanto o segundo reafirmou que esta disciplina jurídica abarcava todos os aspectos de uso do território.

Em 2001, com a Lei Constitucional n. 3, de 18 de outubro de 2001, o artigo 117 da Constituição foi alterado. Suprimiu-se o vocábulo "*urbanistica*", indicativo das intervenções de urbanismo, para em seu lugar inserir a expressão "*governo del territorio*" – "gestão do território"[230].

A partir desta substituição, Cannizzo Carlotta, ao analisar algumas decisões da Corte Constitucional, afirmou que a orientação jurisprudencial indicaria que a expressão substitutiva – "*governo del territorio*" – teria abarcado a "*urbanistica*" e as atividades edilícias. Isto, porém, parece não significar – embora existam elementos para se conjeturar o contrário – que, no sistema italiano o *Diritto Urbanistico* tenha perdido sua autonomia, ou que se tenha criado uma disciplina jurídica autônoma para regular a ordenação territorial[231].

Ao que parece, as alterações legislativas apontam para o aumento da importância da citada política pública e para a ênfase no papel instrumental do *Diritto Urbanistico* na sua realização. Afinal, com exceção da redação original do artigo 117, da Constituição e da *Legge Bucalossi*, os demais textos jurídico-normativos permanecem em vigor. Assim, além de confirmar a centralidade daquele ramo do direito na gestão territorial, denota que os objetivos

---

[229] Embora a questão ambiental seja sempre considerada na "definição" e na "aplicação" das determinantes concernentes ao *assetto territoriale* e ao *Diritto Urbanistico*, o "tratamento orgânico-administrativo" deste tema é realizado por órgãos distintos àqueles ocupados da ordenação espacial. (*Ibid*., p. 518.)

[230] CARLOTTA, Cannizzo. Dall'urbanistica al governo del território. *Diritto & diritti*. [on-line]. 2010. ISSN 1127-8579. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30542-dall-urbanistica-al-governo-del-territorio ?page=1>. Acesso em: 13 maio 2016.

[231] Logo, embora esta política pública, em respeito ao Estado de Direito, seja prescrita em textos jurídico-normativos, isto não significaria que estes componham o conjunto de elementos necessários para, segundo Washington Peluso Albino de Souza, possibilitarem a autonomização da disciplina.

desta política pública se tornam finalidades justificadoras do *diritto urbanístico*. A própria Corte Constitucional permanece empregando a expressão "*diritto urbanistico*", embora, vincule-o ao "*governo del territorio*"[232].

No sistema jurídico espanhol, até o final do século XX, o tema da ordenação espacial se restringiu ao regime jurídico dos solos e à ordenação urbana, como se depreende das leis que vigoraram no período. A Lei de 12 de maio de 1956 e o Real Decreto[233] n. 1346/1976, de 09 de abril, adotaram – nos seus respectivos artigos 1º e 2º – fórmulas semelhantes. Segundo estes textos jurídico-normativos, o objeto do *Derecho Urbanístico* era a ordenação urbanística da totalidade do território espanhol. A atividade urbanística englobava o planejamento, o regime jurídico do solo, a execução de intervenções urbanísticas, o fomento e a regulação das prerrogativas proprietárias, notadamente quanto ao uso dos imóveis e à atividade construtiva.

O Real Decreto Legislativo n. 1/1992, de 26 de junho, por sua vez, conforme consta de seu artigo 1º, não inovou quanto ao objeto da disciplina. Não obstante, ele empregou outras fórmulas linguísticas para apresenta-la: "*el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y regular la actividad administrativa en materia de urbanismo*" – "o regime urbanístico da propriedade do solo e a regulação da função administrativa no que concerne ao urbanismo".

Quanto à definição do conteúdo da atividade urbanística, constante do artigo 2º, o diploma normativo manteve a orientação anterior. Apenas se retirou a referência ao regime urbanístico do solo e ao fomento, uma vez que a primeira constava de forma autônoma na descrição do objeto daquela disciplina, e o segundo estava abarcado na expressão "*actividad*

---

[232] A Corte Constitucional, ao decidir sobre a possibilidade de textos jurídico-normativos de *Diritto Urbanistico* prescreverem distâncias entre edifícios situados em sítios de valor histórico ou paisagístico de forma diversa daquela prescrita pelo Direito Civil, afirmou: a possibilidade de se empregarem "*strumenti urbanistici funzionali ad un assetto complessivo ed unitario di determinate zone del territorio*"; e, além disso, que "*è sempre stata ascritta al diritto urbanistico e, quindi, alla materia del governo del territorio, come è dimostrato anche dalla circostanza che di essa si è costantemente occupata la legislazione urbanistica regionale, senza per questo violare la competenza statale in materia di ordinamento civile*".
Numa tradução livre: a possibilidade de se empregarem "instrumentos urbanísticos funcionais para uma ordenação global e unitária de determinada zona do território". E, ademais, a Corte Constitucional afirmou que, na Itália, estas questões – distância entre as edificações, etc – "sempre foi adstrita ao direito urbanístico e, portanto, à matéria da gestão territorial". Este fato poderia ser comprovado "pela legislação urbanística regional", pois, ela sempre encarregou desta regulação, "sem, por isso, violar a competência estatal em matéria de ordenamento civil". (ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 232, anno 2005, ricorso per conflitto di attribuzioni*. Ricorrente: Il Presidente del Consiglio dei ministri. Ricorso: Regione Veneto. Presidente: Alberto Capotosti, Redattore Francesco Amirante. Roma, 18 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 13 maio 2016.)

[233] Os Reais Decretos e os Reais Decretos Legislativos são espécies normativas empregadas na consolidação e harmonização de diversos textos jurídico-normativos referentes a um mesmo assunto, objetivando, assim, corrigir os efeitos da inflação legislativa. Entre estes efeitos, pode-se mencionar a insegurança jurídica decorrente da pluralidade de textos que podem ocasionar incertezas sobre o regramento aplicável em determinada situação.

administrativa em materia de urbanismo". Ademais, o artigo inseriu a atuação estatal sobre o mercado de terras, a qual se daria por meio de intervenções estatais e da regulação. Enfim, o artigo 3º, do Real Decreto inseriu, no sistema espanhol, os escopos da citada função pública, quais sejam: o uso do solo em consonância à função social; a repartição dos ônus e benefícios da urbanização; e a recuperação do mais valor decorrente das intervenções urbanísticas realizadas pelos Entes Públicos.

Somente em 2008, com o Real Decreto Legislativo n. 2, de 20 de junho, a expressão ordenação territorial foi devidamente enfatizada no sistema da *Ley del Suelo* espanhola, a qual objetivava, conforme o artigo 1, garantir a igualdade "*en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo*" – "no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres constitucionais relacionados ao solo". Este texto jurídico-normativo visava, também, definir os fundamentos econômicos e ambientais que orientariam o regime jurídico dos solos, a sua valorização e a responsabilidade estatal na matéria.

Ademais, em consonância à matriz franco-portuguesa, estabeleceu-se, no artigo 2, que os princípios que regeriam a disciplina estariam de acordo ao desenvolvimento ambiental e urbano sustentável. Isto significa que as ações públicas referentes à disciplina construir-se-iam em conformidade às especificidades locais e se orientariam pelo interesse público e pela sustentabilidade. Assim, estas ações públicas buscam a racionalidade no uso dos recursos de forma a harmonizar a proteção ambiental e dos bens culturais, com os imperativos econômicos, com a coesão social, com a segurança, com a saúde dos indivíduos, com o desenvolvimento das atividades rurais e com a eliminação dos riscos naturais e aqueles provocados pelo homem. Estas ações públicas privilegiam a eficiência energética, a garantia ao tratamento adequado dos resíduos. Elas favorecem também a mobilidade, com o objetivo de reduzir o uso de automóveis, mediante o incentivo ao uso do transporte coletivo, aos deslocamentos a pé ou de bicicletas, a acessibilidade ao transporte público e aos edifícios públicos e privados; e pela garantia à moradia digna.

Ademais, o artigo 3, do mencionado diploma normativo espanhol, prescreveu que a ordenação territorial e a ordenação urbanística – consideradas de forma separada, apesar de inter-relacionadas – constituíam-se como funções públicas. Elas garantiam a direção e controle dos Entes Públicos sobre todas as fases de transformação urbanística do território, independentemente de se referirem a parcelas do solo de propriedade pública ou privada. Elas buscavam a recuperação do mais valor decorrente das ações púbicas sobre o solo e asseguravam a participação popular no tocante à ordenação e gestão das diversas ações e transformações

urbanísticas, o que incluía a participação da iniciativa privada na realização de determinadas intervenções[234]. Elas impunham aos Entes Públicos o dever de motivarem os textos jurídico-normativos e os demais atos jurídicos expedidos, demonstrando de forma expressa as razões de interesse público específicas que fundamentavam aquelas decisões.

Além disso, estas funções, ao definirem os usos adequados a cada porção do solo, conformavam as prerrogativas proprietárias, as quais deveriam ser exercidas em consonância às destinações prescritas. Isto, em regra, não maculava o direito de propriedade e, portanto, não gerava direitos à indenização.

Por meio do Real Decreto Legislativo n. 7/2015, de 30 de outubro, aprovou-se a nova *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana* espanhola – Lei do Solo e Reabilitação Urbana. Esta lei inseriu no rol de objetivos do diploma legal anterior, a garantia ao "*desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano*" – "desenvolvimento sustentável, competitivo e eficiente do meio urbano". Este objetivo é alcançado mediante o incentivo à reabilitação e renovação dos edifícios e dos assentamentos urbanos de forma a proporcionar a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, o que abrange os aspectos relacionados à moradia digna[235].

No que concerne aos princípios, o novo texto jurídico-normativo, manteve a orientação anterior, vinculando-os ao desenvolvimento ambiental e urbano sustentável. Assim, o artigo 3, do Real Decreto Legislativo de 2015, além de reproduzir as prescrições anteriores, prescreveu que as políticas públicas a serem desenvolvidas se orientariam pela competitividade econômica, pela coesão territorial, pelo reconhecimento da multiplicidade/complexidade funcional das cidades e das edificações, pela eficiência energética e pela sustentabilidade, compreendida de forma ampla para abranger os aspectos sociais, econômicos e ambientais.

---

[234] A parte inicial do artigo 3 prescrevia que a ordenação territorial e a ordenação urbanística se constituíam como funções públicas não passíveis de transação, mas, em sua parte final, o dispositivo admitia que a "*gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada*" – a "gestão pública urbanística e das políticas do solo fomentará a participação privada". As regras não são conflitantes, quando interpretadas em consonância aos argumentos acerca das consequências da nova compreensão do interesse público sobre a indisponibilidade do interesse público.

[235] A ênfase conferida à reabilitação, regeneração e renovação das edificações e dos assentamentos urbanos encontram duas justificativas. A primeira se relaciona à adequação do ordenamento jurídico interno às orientações internacionais e à disciplina da União Europeia sobre a matéria – o que se faz notar, por exemplo, pelos novos princípios inseridos pelo Real Decreto Legislativo de 2015.
A segunda como uma medida econômica anticíclica face à crise espanhola. Assim, estas medidas se caracterizam pela inversão de capitais ao setor da construção civil o que, devido à extensão da cadeia produtiva, fomentaria a criação de postos de trabalho, tanto na realização das edificações, quanto nas demais atividades ligadas ao setor. Isto também pode ser percebido pelos novos princípios inseridos, bem como pelas definições constantes no artigo 2, do mencionado texto jurídico-normativo.

O citado dispositivo legal especificou estas determinações, prescrevendo que a moradia adequada e digna abarcava o acesso a todos, o seu caráter de permanência, a adequação aos padrões técnicos, a segurança e a salubridade da edificação e do seu entorno, a presença de infraestrutura, equipamentos e serviços públicos e privados, bem como a proteção contra elementos poluentes. Ademais, o artigo prescreve o incentivo ao dinamismo socioeconômico e a adaptação/renovação e uso de edifícios vazios, a melhora da qualidade, eficiência e funcionalidade dos espaços púbicos e das redes de infraestrutura e serviços. Isto não somente em benefício dos indivíduos, mas, também, como meio de fomentar a instalação/realização de atividades econômicas que criem postos de trabalho permanentes – com ênfase naqueles ligados aos setores de inovação científica e tecnológica.

Ademais, a ampliação do acesso universal – antes restrito aos edifícios públicos e privados e aos meios de transporte – para abarcar outros elementos, como a infraestrutura e as redes de serviços. O artigo mencionado também prescreveu a integração no ambiente urbano de todas as atividades compatíveis ao uso residencial, de forma a fomentar a multiplicidade de usos, a aproximação entre os indivíduos e as atividades e, assim, combater os custos com os grandes deslocamentos urbanos.

Enfim, ele prescreveu a proteção do ambiente natural, cultural e artificial. Assim, esta proteção seria um meio de fomentar a atividade turística e desenvolver ações relacionadas ao uso racional destes recursos, com ênfase aos recursos hídricos.

Outrossim, manteve-se, também, as mesmas orientações quanto à ordenação territorial e à ordenação urbanística, todavia inseriu-se no rol das prescrições concernentes a estas funções públicas – constante do artigo 4 – um novo comando aos Entes Públicos. Estes deveriam empregar mecanismos para realizar atividades de conservação, reabilitação, regeneração e renovação de edifícios e/ou sítios caracterizados como pobres em termos energéticos, degradados, inadequados, obsoletos ou vulneráveis. Estas medidas deveriam garantir a segurança, funcionalidade e salubridade dos ambientes e dos indivíduos, devendo-se priorizar situações de moradias inadequadas, quais sejam: insalubres, inseguras, ineficientes em termos energéticos e/ou desprovidas de habitabilidade e acessibilidade.

Na Espanha não há a possibilidade de se afirmar que a disciplina jurídica sobre o urbanismo teria sido absorvida pela ordenação territorial. Afinal, existem elementos mais robustos para se afirmar o reconhecimento atual da importância citada política pública e o papel do *Derecho Urbanístico* como um dos seus principais instrumentos – notadamente diante da importância conferida à ordenação urbana. Isto, contudo, não significa que os textos jurídico-normativos aplicáveis à *ordenación territorial* se constituam como um ramo jurídico autônomo.

Não obstante esta diferença com a matriz franco-portuguesa, a análise da matriz ítalo-espanhola permite apontar a aproximação entre ambas no que se refere aos objetivos e à ampliação, conforme a lógica lefebvriana, do campo de aplicação da disciplina jurídica sobre o urbanismo. Porém, o sistema do ordenamento espanhol é mais claro que o italiano[236].

2.2.2 A ordenação espacial no sistema jurídico brasileiro: a centralidade da questão urbana

A Constituição de 1988 reconhece a ordenação territorial como uma função pública atribuída aos diversos Entes federados. Nesse sentido, o inciso IX, do artigo 21, prescreve competir à União a elaboração e a execução de "planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social". Estes planos seriam elaborados pelo Poder Executivo, em "consonância ao plano plurianual" e demais leis orçamentárias, e aprovados pelo Congresso Nacional, o qual, por meio de suas comissões emitiriam pareceres para subsidiar a atividade parlamentar, nos termos do §4º, do artigo 165, e dos incisos VI, do §2º, do artigo 58 e IV, do artigo 48, e II, do §1º, do artigo 166. Ademais, conforme o *caput* e o §1º, do artigo 174, estes planos se integrariam ao "planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado", o qual é imperativo para o "setor público e indicativo para o setor privado".

Em consonância a estes dispositivos, a Constituição prescreve no artigo 43, a competência da União para "articular" suas ações em um mesmo "complexo geoeconômico e social", objetivando o "desenvolvimento" e a "redução das desigualdades regionais". Assim, valendo-se da clássica divisão regional brasileira[237], a União, mediante "lei complementar",

---

[236] Conforme Filippo Salvia e Francesco Teresi, a atividade de planejamento urbanístico "*deve anzitutto considerare la totalità del territorio comunale: sia nella parte urbana che extraurbana. Il suo contenuto, negli ultimi anni, ha subito una progressiva dilatazione. All'origine, infatti, le prescrizioni fondamentali di esso riguardavano le sole localizzazioni e zonizzazioni. La legislazione regionale e le leggi speciali piú recenti tendono invece ad arricchirne il contenuto con prescrizioni di tutela del paesaggio, dell'ambiente, dei beni culturali e con disposizioni a valenza economica*". Numa tradução livre: "deve, antes de tudo, considerar a totalidade do território comunal: tanto a sua parte urbana, quanto a extra-urbana – rural. O seu conteúdo, nos últimos anos, sofreu uma progressiva dilatação. Na origem, de fato, as prescrições fundamentais deste restringiam-se somente às localizações e aos zoneamentos. A legislação regional e as leis especiais mais recentes, ao contrário, tendem em lhe enriquecer o conteúdo com prescrições de tutela da paisagem, do ambiente, dos bens culturais e com disposições de caráter econômico". (negrito no original) (SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Op. cit.*, p. 72.)

[237] As regiões brasileiras são divisões administrativas, desprovidas de personalidade jurídica e não integrantes da federação, instituídas com base em elementos comuns. Por exemplo, o perfil socioeconômico, história e elementos geográficos – climas, vegetação, relevo, índices pluviométricos etc. Elas objetivam facilitar a gestão de políticas públicas e investimentos estatais.
Atualmente, o território brasileiro é dividido em cinco regiões. A Região Norte, composta pelos Estados do Acre, Rondônia, Amazonas, Roraima, Pará, Amapá e Tocantins. A Região Nordeste, formada pelos estados do

definiria "as condições" de integração de "regiões em desenvolvimento". A União cria, também, "organismos regionais" que executariam os "planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social".

Ademais, a União empregaria mecanismos de "incentivos regionais", os quais abarcariam "igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público". Eles englobariam, também, "juros favorecidos" para operações de "financiamento de atividades prioritárias", o "aproveitamento econômico e social" prioritário de cursos de água "represadas e represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas". Neste último caso inserem-se, por exemplo, o incentivo à "recuperação de terras áridas" e a cooperação com pequenos e médios proprietários rurais para o adequado aproveitamento dos recursos hídricos.

A Constituição prescreveu, ainda, como instrumentos de redução/compensação das desigualdades regionais, que os Estados e Municípios situados nas áreas de menor desenvolvimento socioeconômico se beneficiariam de transferências tributárias para o financiamento do setor produtivo. Este é o caso das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste[238].

Além destes planos, compete à União, ainda, a edição de planos setoriais. Alguns se referem às políticas públicas com direta relação à temática territorial. Por exemplo, as políticas agrária, de transporte e ambiental, prescritas nos *capita* dos artigos 187 e 188, no inciso III, do §1º, do artigo 225, e no artigo 178, todos da Constituição[239].

Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia. A Região Centro-Oeste, composta pelos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e, também pelo Distrito Federal, que, embora inserto no território deste último estado, constitui-se como unidade federativa autônoma e que reúne as competências constitucionais legislativas estaduais e municipais, nos termos do §1º, do artigo 32, da Constituição. A Região Sudeste, formada pelos estados de Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo. A Região Sul, composta pelos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

[238] Prescreve a atual redação da alínea *c*, do inciso I, do artigo 159, da Constituição da República: "Art. 159 – A União entregará: I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: [...] c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer".

[239] Prescrevem os artigos 187 e 188, o artigo 178 e o inciso III, do §1º, do artigo 225, da Constituição da República: "Art. 187 – A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I – os instrumentos creditícios e fiscais; II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV – a assistência técnica e extensão rural; V – o seguro agrícola; VI – o cooperativismo; VII – a eletrificação rural e irrigação; VIII – a habitação para o trabalhador rural. §1º – Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. §2º – Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária. Art. 188 – A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. §1º – A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional. §2º

Outros planos setoriais se relacionam às políticas públicas com impacto territorial, mas que não se referem diretamente a esta matéria, como seria, por exemplo, as políticas nacionais de educação[240] e de cultura[241]. Ademais, o artigo 241, autoriza que a União e os demais Entes federados celebrem "consórcios e convênios de cooperação", os quais possuem impacto territorial, visto que objetivarão a "gestão associada de serviços públicos" e a "transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".

Embora a Constituição não prescreva, expressamente, que a ordenação territorial se constitua em atribuição estadual, esta competência pode ser extraída do §3º, do artigo 25. Este prescreve que os Estados, por meio de "lei complementar", instituirão arranjos territoriais – "regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões" – formados por "municípios limítrofes", com o objetivo de "integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum". Ademais, os Estados federados poderão celebrar os sobreditos "consórcios e convênios de cooperação", prescritos pelo artigo 241, e também poderão editar planos de políticas setoriais para adequar as determinações dos planos nacionais e regionais às suas realidades. Este é o caso, por exemplo, da política de preservação ambiental, como prescrevem os artigos 23, incisos VI e VII e 24, incisos VI e VII, da Constituição[242].

– Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária. Art. 178 – A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único – Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção".

[240] Prescreve o artigo 214, da Constituição da República: "Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I – erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade do ensino; IV – formação para o trabalho; V – promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto".

[241] Prescreve o §3º, do artigo 215, da Constituição da República: "Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] §3º – A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II – produção, promoção e difusão de bens culturais; III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV – democratização do acesso aos bens de cultura; V – valorização da diversidade étnica e regional".

[242] Prescrevem os incisos VI e VII do artigo 23 e os incisos VI e VII do artigo 24, da Constituição da República: "Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – preservar as florestas, a

Enfim, a Constituição atribui aos Municípios a competência para atuar na matéria da ordenação territorial. Eles estão autorizados a celebrar os sobreditos "consórcios e convênios de cooperação" e a editar os planos de políticas setoriais, com o escopo de adequar as determinações nacionais, regionais e estaduais às suas especificidades e realidades locais.

No entanto, além destas atribuições, a Constituição foi expressa ao prescrever a competência municipal nesta matéria. No inciso VIII, do artigo 30, que compete aos Municípios "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante, planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".

No *caput* e no §1º, do artigo 182, prescreveu que a "política de desenvolvimento urbano" tem o "plano diretor" como "instrumento básico" do "desenvolvimento e da expansão urbana". Este plano tem por escopo "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

Este conjunto normativo e institucional, caracterizado por normas de indução à inciativa privada, e a dificuldade brasileira em solucionar problemas socioeconômicos históricos refletiu na atual conformação territorial brasileira. A centralidade do eixo Rio-São Paulo e das Regiões Sul/Sudeste foi impactada pelos investimentos federais e pelos avanços tecnológicos, que possibilitaram que as atividades industriais pudessem ser realizadas em locais diferentes, aproveitando-se – dentro do sistema industrial e de divisão do trabalho – das vantagens que cada local fornecesse. Isto contribuiu para o desenvolvimento de metrópoles regionais[243] e para o crescimento de cidades médias – com população variando entre 100 mil e 1 milhão de habitantes.

Porém, essas alterações não significam a correção da mencionada polarização. Embora se verifique o aumento do número de cidades médias e o aumento de sua importância como polos indutores de crescimento econômico e de atração populacional, estes centros

---

fauna e a flora. Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico".

[243] A metropolização, a partir da década de 1990, estendeu-se a diversas outras cidades, demonstrando que este fenômeno envolve critérios quantitativos e qualitativos: "As atuais Regiões Metropolitanas têm como pontos comuns dois elementos essenciais: a) são formadas por mais de um município núcleo – que lhes dá o nome – representando uma área bem maior que as demais; b) são objetos de programas especiais, levados adiante por organismos regionais especialmente criados, com a utilização de normas e de recursos em boa parte federais. São, na verdade, regiões de planejamento, onde, todavia, o que é feito não atende à problemática geral da área, limitando-se a aspectos setoriais. A socialização capitalista favorecida pelo poder público nessas áreas metropolitanas é acompanhada por uma expansão periférica, que inclui a criação de distritos industriais explícitos e implícitos, e pela concentração geográfica dos serviços de interesse coletivo". (SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 75-76, 79 e 54.)

urbanos ainda se concentram nas referidas regiões geográficas e/ou nas proximidades das grandes cidades das regiões Sul e Sudeste[244].

Assim, o crescimento destes outros centros reflete uma tendência de migração populacional para estas cidades médias e para as metrópoles regionais e indiciariam um "êxodo urbano" da classe média para as cidades interioranas. Nesta hipótese, as pessoas migrariam em busca de uma melhor qualidade de vida, representada, principalmente, pela tranquilidade em relação aos aspectos atinentes à segurança pública[245]. Além disso, uma das causas para o crescimento destas cidades seria o desenvolvimento das atividades agroindustriais, o que indicaria que estas cidades teriam bases econômicas agrárias, mas com elevadas taxas de urbanização[246].

No entanto, isto não significa o fim das migrações urbanas para os grandes centros ou a ruptura com a segregação socioespacial. Os postos de trabalho permanente nestes novos centros se destinam a mão-de-obra qualificada, em conformidade às necessidades da agricultura

---

[244] SANTOS, Ângela Moulin S. Penalva. *Economia, espaço e sociedade no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 41-67.

[245] Estas causas também explicariam a tendência brasileira de construção de "condomínios fechados", os quais, além de se identificarem como locais seguros/imunes à violência urbana, são indicadores de uma posição social privilegiada – ao contrário da favela. Isto denota a relação entre localização da habitação e *status* social/estigma, cujas consequências são conferir graus diferenciados de oportunidades sociais aos indivíduos, conforme o local de sua habitação, e vulnerabilizar os indivíduos estigmatizados – moradores de favelas, por exemplo – imputando-lhes o adjetivo de "potencialmente criminosos". Este estigma, portanto, além de criar um sistema de isolamento e fortificação das edificações – o que fomenta a indústria e os serviços de segurança particulares – fornece uma justificativa à sociedade para as ações de segurança pública – e o característico uso excessivo da força. Afinal, estar-se-ia vivendo uma guerra contra o crime e as áreas ocupadas por estes indivíduos, seriam dominadas pelo inimigo. (MARSHALL, T. H.. *Op. cit.*, p. 158; HARVEY, David. A liberdade da cidade. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes*: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 49; ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 499. Em sentido aproximado, pode-se encontrar na tendência dos condomínios fechados uma reminiscência da prática descrita por Roberto DaMatta. Segundo ele, na passagem do período Imperial para o Republicano, no Rio de Janeiro, as populações abastadas viviam em áreas afastadas dos centros urbanos, o que era um indício de prestígio e uma tentativa de se isolar das vias públicas, consideradas perigosas. Para maiores informações: DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 57.)

[246] "Por outro lado, o sistema urbano é modificado pela presença de indústrias agrícolas não urbanas, frequentemente firmas hegemônicas dotadas não só de capacidade extremamente grande de adaptação à conjuntura, como da força da transformação da estrutura, porque têm o poder da mudança tecnológica e de transformação institucional. Fortes por sua influência junto ao Estado, terminam por mudar as regras do jogo da economia e da sociedade à sua imagem. Dotadas de uma capacidade de inovação que as outras não têm, fazem com que o território passe a ser submetido a tensões muito mais numerosas e profundas, pulsações que, vindas de grandes firmas, se impõem sobre o território, levando a mudanças rápidas e brutais dos sistemas territoriais em que se inserem.
As cidades locais mudam de conteúdo. Antes, eram as cidades dos notáveis, hoje se transformam em cidades econômicas. A cidade dos notáveis, onde as personalidades notáveis eram o padre, o tabelião, a professora primária, o juiz, o promotor, o telegrafista, cede lugar à cidade econômica, onde são imprescindíveis o agrônomo (que antes vivia nas capitais), o veterinário, o bancário, o piloto agrícola, o especialista em adubos, o responsável pelos comércios especializados". (SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 51. No mesmo sentido: ARANTES, Paulo Tadeu Leite. Agrocidades, agronegócio e o surgimento das comunidades rurbanas. *Jornal do Agronegócio*, Viçosa, a. 1, n. 5, p. 10, 2004; MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes*: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 36.)

altamente técnica destinada a produção de *commodities*. Os indivíduos sem a referida qualificação técnica se ocupariam de postos de trabalho temporários, dedicar-se-iam às atividades informais, ou migrariam para as metrópoles nacionais e regionais e, em todos os casos, permaneceriam ocupando as áreas periféricas das cidades.

A emergência destas cidades fornece indícios do espraiamento do tecido urbano[247], fundado na homogeneização da morfologia urbana, na contração espaço-tempo e na segregação espacial, decorrente da escassez de solo urbano e da relação centro/periferia[248]. Neste último caso, os padrões arquitetônicos, a distribuição e localização das habitações e das redes de serviços públicos e privados e as normas de uso e ocupação do solo funcionam como estratégias na construção do citado muro invisível.

Assim, também se pode afirmar que, atualmente, a conformação urbana brasileira, em consonância à Europa latina ocidental, insere-se na "zona crítica" lefebvriana. Ela impediria o reconhecimento do espaço como uma realidade socialmente construída e a identificação dos indivíduos com a cidade.

Ademais, esta proximidade de diagnósticos fez com que, no plano deôntico, a sistemática brasileira da ordenação espacial também adotasse soluções próximas àquelas da Europa latina ocidental. Entretanto, no plano pragmático, esta aproximação das soluções não se verifica, pois, as especificidades brasileiras conferem uma conformação própria ao sistema de ordenação espacial.

---

[247] "A cidade torna-se o *locus* da regulação do que se faz no campo. É ela que assegura a nova cooperação imposta pela nova divisão do trabalho agrícola, porque obrigada a se afeiçoar às exigências do campo, respondendo às suas demandas cada vez mais prementes e dando-lhe respostas cada vez mais imediatas. Como o campo se torna extremamente diferenciado pela multiplicidade de objetos geográficos que o formam, pelo fato de que esses objetos geográficos têm um conteúdo informacional cada vez mais distinto (o que se impõe, porque o trabalho no campo é cada vez mais carregado de ciência) tudo isso faz com que a cidade local deixe de ser a cidade no campo e se transforma na cidade do campo". (SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 52.)

[248] Conforme Flávio Villaça, nas cidades brasileiras repetem-se as estruturas da construção social do centro/periferia. O preço da terra obriga os indivíduos de renda inferior a residirem nas áreas mais degradadas e distantes, impondo-lhes os custos decorrentes desta localização – como, por exemplo, aqueles decorrentes do deslocamento dentro da cidade. Os indivíduos pertencentes às classes sociais mais inferiores que, sequer podem arcar com os custos das piores localizações, veem-se obrigados a ocuparem áreas desprezadas pelo mercado formal, para garantir o mínimo acesso às redes de serviços urbanos e aos postos de trabalho informal. (VILLAÇA, Flávio. *O que todo cidadão precisa saber sobre habitação.* São Paulo: Global, 1986. p. 115-120. Para Ermínia Maricato, a conformação das cidades brasileiras é herdeira da conformação excludente da esfera pública brasileira, pois, nela ainda se percebem os reflexos da escravidão e da não inserção dos ex-escravos e seus descendentes, o patrimonialismo e o clientelismo. Para mais informações: MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana...*, p. 34 e 35-36. No mesmo sentido, mas analisando, especificamente, o período ditatorial e a transição democrática brasileira e a emergência do neoliberalismo: VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 68-69; BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de. Territórios transversais. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 118-119. Em sentido aproximado, mas abordando a questão numa perspectiva generalista: HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 49-50.)

Com a redemocratização, o Estado brasileiro perdeu a capacidade institucional para a elaboração de um plano de ordenação territorial geral de abrangência nacional – semelhante aos existentes na matriz franco-portuguesa – não obstante a previsão constitucional neste sentido. De um lado, este modelo de planejamento passou a ser visto como uma reprodução da centralização ditatorial. Na década de 1970, o regime militar elaborou os Primeiro e Segundo Planos de Desenvolvimento Nacional. Entretanto, os resultados destes planos foram prejudicados, pela falta de participação popular e pelas consequências da crise do petróleo, o que levou ao descrédito do instrumento. Ademais, a redemocratização identificou-se com o movimento municipalista, que objetivava ampliar as competências dos Municípios e, consequentemente, restringir a atuação dos demais Entes Federados.

Lado outro, a elaboração de um plano nacional de ordenação conflitava com os pressupostos neoliberais das Reformas engendradas nos anos 1990. Isto contribuiu para desacreditar os potenciais orientadores e integradores de um plano desta espécie. Ademais, fomentou-se a substituição de um planejamento nacional pela elaboração de programas e ações pontuais em áreas/setores prioritários, o que, contudo, desmerecia o impacto territorial destas medidas.

Os planos regionais, por sua vez, também foram impactados pelas circunstâncias acima mencionadas. Eles se restringiram às regiões menos desenvolvidas em termos socioeconômicos, desconsiderando, porém, as regiões Sul e Sudeste e, assim, produziram resultados disformes.

Além disso, em muitos casos, eles não cuidaram de elementos como a alocação territorial das redes de equipamentos, serviços e infraestruturas, o que prejudicou o seu potencial de orientação das atividades econômicas privadas. Uma das consequências desta omissão foi o aumento da dependência destas regiões menos desenvolvidas dos incentivos governamentais – fomentando práticas clientelistas e a guerra fiscal entre Entes Federados para atração dos setores produtivos[249].

---

[249] Em 2007, por meio do Decreto n. 6.047, de 22 de fevereiro, o Ministério da Integração Nacional adotou uma outra escala de planejamento regional, centrada em microrregiões, as quais foram classificadas em quatro grupos. A primeira se refere às microrregiões "de alta renda", localizadas nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste e nas proximidades das capitais dos estados pertencentes às demais regiões, elas produziam, aproximadamente, 70% do Produto Interno Bruto brasileiro e conteriam mais de 50% da população nacional
A segunda se relaciona às microrregiões "dinâmicas", as quais se localizam, primordialmente, nas regiões Centro-Oeste e Nordeste – embora sejam encontradas também nas regiões Sul e Sudeste. Elas apresentavam grau de urbanização baixo, apesar de ocuparem grandes extensões territoriais e abrigavam, aproximadamente, 10% da população nacional e geravam 4% do Produto Interno Bruto brasileiro.
A terceira categoria se refere às microrregiões "estagnadas" que estavam dispersas por todo o território – mas com predominância nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste. Elas apresentavam taxa de urbanização elevada,

Todos estes elementos também estão presentes nos planos setoriais[250], os quais, muitas vezes não apresentam a alocação espacial das sobreditas redes. Além disso, eles também não traduzem suas orientações em perspectivas espaciais, o que dificulta a realização das mesmas. Apesar destas circunstâncias, os planos setoriais têm se apresentado como os principais instrumentos de atuação da União, o que, porém, prejudica a visão global inerente a esta política pública.

No que se refere aos Estados federados, verifica-se que os seus planos gerais e setoriais encontram as mesmas dificuldades acima apresentadas. Isto é, a inexistência dos primeiros, as dificuldades de previsão de alocação de redes de comodidades nos segundos etc.

Ademais, no que concerne aos arranjos territoriais – regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – tem-se que estes foram elaborados em consonância à ordem constitucional ditatorial. Por esta razão, a Corte Constitucional brasileira, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842 – referente à instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro[251] – decidiu que as orientações das Constituições anteriores eram dissonantes

---

produziam, aproximadamente, 20% do Produto Interno Bruto brasileiro e concentravam, aproximadamente, 30% da população nacional.

A última categoria se refere às microrregiões de "baixa renda" concentradas nas regiões Norte e Nordeste. Elas apresentavam baixo índice de urbanização e respondiam por, aproximadamente, 2% do Produto Interno Bruto brasileiro e por 10% da população nacional.

Não obstante a mudança de escala, note-se que o texto do plano apresenta problemas. O Plano foi aprovado por meio de Decreto e não mediante ato legislativo, o que torna a sua constitucionalidade duvidosa. Porém, ainda que isso fosse desconsiderado, a inexistência de aprovação por meio de lei, reduz a potencialidade do instrumento, visto que ele somente poderia orientar algumas ações da Administração Pública Federal, mas não a totalidade das ações da União. Além disso, no texto do documento não estão presentes os índices e critérios de avaliação e reorientação das ações da política pública; os resultados das ações não atingiram a devida publicização, o que impediu o comprometimento popular no seu acompanhamento.

[250] As exceções neste cenário seriam os planos e instrumentos de gestão ambiental, os quais têm se pautado pela localização das áreas sujeitas à tutela estatal. Não obstante, estas áreas enfrentam outras dificuldades relacionadas à carência de capacidade institucional. Por exemplo, a falta de órgãos de fiscalização, a insuficiência de recursos financeiros, materiais e de pessoal para realizar as atividades, a falta de informação e comprometimento da população, a carência de mecanismos de gestão que viabilizem a geração de receita – como é o caso das receitas provenientes do turismo – e a permanência das populações tradicionais.

Estas dificuldades também se apresentam em outras políticas setoriais, como por exemplo, no tocante ao planejamento do sistema de transportes e na política agrária. No tocante a esta, verifica-se que os planos localizam, no território, os produtos e períodos de colheita, transporte e os obstáculos à circulação. Porém, eles não têm logrado êxito em solucionar estes óbices e em fomentar a produção/comercialização da produção dos micro e pequenos produtores. Eles também não solucionar o problema das terras improdutivas e da aceleração dos processos de reforma agrária e de assentamento do campesinato sem-terra.

[251] No caso, a Corte Constitucional analisou a constitucionalidade dos textos jurídico-normativos criados pelo Estado do Rio de Janeiro, e que instituíam a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Apesar dos diplomas normativos datarem do final da década de 1990, os mesmos seguiam a orientação constitucional de 1967/1969, pois restringiam a autonomia dos Municípios, os quais, desde 1988, são Entes Federados – por exemplo, a gestão da região metropolitana seria marcadamente atribuída ao estado do Rio de Janeiro. Neste sentido, ainda que a Corte não tenha definido o modelo constitucionalmente adequado – já que os votos não convergiram a ponto de definirem claramente quais seriam os parâmetros – ela decidiu que o modelo adotado no caso não se ajustava à Constituição, o que exigia, portanto, a sua reelaboração. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.842/RJ*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro**.** Rel.: Min.

da Constituição vigente. Esta decisão fomentou a aprovação da Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que instituiu o "Estatuto da Metrópole", definindo as diretrizes nacionais para a criação destes arranjos.

Assim, tanto a decisão da Corte, quanto o novo marco legislativo impuseram aos Estados federados o dever de negociar com os Municípios envolvidos as condições para a instituição destes arranjos. Ademais, estes elementos exigem a reelaboração das leis instituidoras das regiões metropolitanas, o que ainda não produziu os resultados esperados, devido ao pouco tempo de vigência da lei nacional mencionada.

Esta descrição denota as duas principais dificuldades da ordenação territorial no âmbito da União e dos Estados federados. A primeira se refere à carência de diagnósticos sobre a alocação das necessidades brasileiras. Embora a União e os Estados tenham dados quanto à carência quantitativa de terras e das redes de equipamentos, serviços e infraestruturas, estas necessidades não estão situadas de forma adequada e pormenorizada no território nacional e estadual[252]. Além disso, estes diagnósticos não se atentam aos aspectos qualitativos inerentes a cada um dos mecanismos aptos a satisfazer estas necessidades. A segunda dificuldade, intimamente relacionada à primeira, refere-se à falta de capacidade institucional destes Entes federados planejarem suas ações e integrá-las entre si.

Estas conclusões significam, portanto, que os Municípios se apresentam, na sistemática brasileira como os principais atores da disciplina jurídica do urbanismo. Pragmaticamente, eles são, também atores centrais da função pública de ordenamento territorial, ainda que não tenham competência plena para atuar em todo o território municipal. Com fundamento nestas afirmações, pode-se analisar a finalidade que os Municípios devem perseguir no exercício destas funções públicas.

Luiz Fux. Red. Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID= 630026>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

[252] Os diagnósticos existentes – produzidos, por exemplo, por institutos e grupos de pesquisa – não são empregados pelos Entes Públicos na formulação de seus planos de atuação.

2.2.2.1 A finalidade da política urbana brasileira: o direito à cidade como densificação do interesse público

A análise da Constituição permite afirmar que a política urbana constitucionalmente prescrita é tomada como sinônimo de "política de desenvolvimento urbano". Ela objetiva "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes", por meio do "planejamento", da regulação da "expansão urbana" e do "controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano". Dessa forma, o conteúdo jurídico desta definição legal exige que se analise o significado de cinco elementos-chave – "desenvolvimento"; "urbano"; "ordenar"; "cidade"; e "bem-estar dos habitantes da cidade". Nesta análise, devem-se empregar os pressupostos metodológicos apresentados que também foram empregados por Rodotà para analisar a Constituição Italiana.

Neste sentido, o vocábulo "desenvolvimento" se apresenta, em regra, no Texto Constitucional, acompanhado de adjetivos como "nacional", "econômico", "social", "tecnológico" e "cultural". Esta conjugação atribui ao vocábulo os sentidos de: realização de atribuições; progresso; crescimento econômico; aumento de produtividade; melhoria da qualidade das prestações e serviços públicos e privados; criação e execução de políticas públicas; ampliação das faculdades humanas[253]. Todas estas acepções se vinculam, portanto, às condições de emancipação individual, o que implica em reconhecer que o vocábulo

[253] Esta multiplicidade semântica pode ser verificada em diversos dispositivos constitucionais. Sobre o desenvolvimento nacional, veja-se o inciso II, do artigo 3º, e no artigo 91. Sobre o desenvolvimento de atividades produtivas das propriedades exploradas em regime de economia familiar, veja-se o inciso XXVI, do artigo 5º. Sobre o desenvolvimento tecnológico e científico e a sua vinculação ao progresso social, à resolução dos problemas brasileiros, à melhoria econômica do sistema produtivo, ao progresso cultural, socioeconômico e do bem-estar dos indivíduos, e à autonomia tecnológica, veja-se: o inciso XXIX, do artigo 5º; inciso IX, do artigo 24; inciso V, do artigo 200; artigo 218; artigo 219; artigo 219-A; e artigo 219-B. No que se refere ao financiamento do desenvolvimento das ações insertas nas políticas públicas de educação e saúde, veja-se: alínea *e*, do inciso VII, do artigo 34; inciso III, do artigo 35; artigo 205; §3º, do artigo 215; bem como dispositivos insertos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – *caput*, incisos I e VIII e §§2º e 3º, do artigo 60, bem como inciso I, do parágrafo único, do artigo 76-A, e inciso I, do parágrafo único, do artigo 76-B. Sobre a criação/execução de programas para a melhoria da qualidade da prestação técnica dos serviços, veja-se o §7º, do artigo 39. Sobre a vinculação das ações insertas na política pública de turismo ao desenvolvimento econômico e social, vide o artigo 180. Sobre o desenvolvimento das ações insertas nas políticas culturais e sua contribuição ao desenvolvimento socioeconômico e humano, vide os artigos 214 e 216-A. No que concerne à contribuição das políticas públicas para crianças e adolescentes para que os mesmos ampliem suas faculdades e capacidades, vide o artigo 227. No que concerne à realização de atribuições, vide o artigo 63, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Especificamente sobre o desenvolvimento territorial equilibrado, regional e urbano, vinculando-os às acepções econômica e social, com especial atenção às áreas pauperizadas e às ações vinculadas à habitação, ao saneamento e transporte, vide: inciso XX, do artigo 21; inciso IV do artigo 48; inciso VI do artigo 58; artigo 43, *caput* e inciso I e II do §1º; inciso I, do artigo 151; alínea *c* do inciso I, do artigo 157; inciso VII, do artigo 163; artigo 182, *caput* e §1º; §1º, do artigo 174; artigo 192; §1º, do artigo 239; bem como o §11, do artigo 12, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

"desenvolvimento" apresenta, na Constituição de 1988, um significado aproximado à definição de Amartya Sem.

Assim, o vocábulo "desenvolvimento" abarcaria o enriquecimento individual e o crescimento econômico, o acesso às redes de equipamentos, infraestruturas e serviços públicos e privados e a universalização dos direitos fundamentais. Ele compreende, também, a ampliação das capacidades individuais e das oportunidades reais dos indivíduos atuarem nas esferas pública e privada e a eliminação das causas sociais, econômicas e políticas que limitam as escolhas e impedem a participação dos indivíduos[254].

Os vocábulos "cidade" e "urbano" não são sinônimos, segundo a Constituição. O primeiro se relaciona a uma construção sócio-espacial, próxima à concepção lefebvriana, que abrange as zonas rurais e urbanas e pode ultrapassar o território de um Município[255]. O vocábulo "urbano" se apresenta com conotação eminentemente física – ligada ao solo –, em oposição aos vocábulos "rural"/"agrário" e suas variantes. Isto é, "urbano" exclui a destinação ou a produção de gêneros primários[256].

Esta distinção apresenta duas consequências. De um lado, as "funções sociais da cidade" não se restringem àquelas constantes da Carta de Atenas e não se resumem às atividades urbanas, abarcando, também, as atividades rurais, notadamente diante da importância destas atividades para a economia de algumas destas localidades.

---

[254] SEN, Amartya. *Desenvolvimento*..., p. 19. Dessa forma, o "controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" – isto é, o controle sobre a terra e o mercado imobiliário – objetiva reduzir as "relações de efetiva dominação", que criam situações diferenciais de acessos, posições e recursos que reduzem as oportunidades e a capacidade de agente dos indivíduos. (DOMINGUES, José Maurício. Amartya Sen, a liberdade e o desenvolvimento. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 65, p. 57-70, mar. 2003. p. 70.)

[255] A não identificação entre Município e cidade se encontra no inciso XIII, do artigo 29, da Constituição que prescreve a possibilidade de a população local apresentar projetos de lei que versem sobre assuntos de interesse municipal, da cidade, ou do bairro. Isto denota a diferença destes vocábulos, em consonância ao princípio hermenêutico de que a lei não contem palavras inúteis.
Neste mesmo sentido, o artigo 182, em seu §2º, prescreve que os planos diretores são obrigatórios para cidades com mais de vinte mil habitantes, o que abrange a população urbana e rural, conforme, aliás, é a orientação doutrinária majoritária.

[256] Esta oposição pode ser verificada nos seguintes dispositivos: *caput* e inciso XXIX, do artigo 7º, que prescrevem os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. No inciso II, do artigo 194, e §9º, do artigo 201, que ao delinearem as políticas públicas de seguridade social, notadamente a previdência social, prescrevem a equiparação das populações urbanas e rurais e a contagem recíproca de tempo de trabalho urbano e rural para fins de acesso aos benefícios previdenciários. Nos artigos 183 e 191, que prescrevem as hipóteses de usucapião espacial urbana – que exige a destinação do bem para fins de moradia – e rural – na qual o bem deve se destinar à produção, em regime de economia familiar, e à moradia dos ocupantes. No artigo 243, que prescreve a perda da propriedade urbana e rural nos casos dos bens se destinarem para culturas ilegais de psicotrópicos ou nele se empregar trabalho escravo. No §3º e o inciso III, do §4º, do artigo 182, e os artigos 184 e 185, que prescrevem as desapropriações urbanas e rurais, sujeitando-as a regimes parcialmente distintos. Neste mesmo sentido, o inciso V, do artigo 216, o §2º, do artigo 230, da Constituição e o artigo 49, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, adotaram fórmulas que excluem os imóveis rurais e os serviços públicos de transporte coletivos não-urbanos de suas incidências.

Lado outro, embora os Municípios tenham competência para atuar no fenômeno "cidades", suas atribuições se restringem ao seu território e se encontram limitadas no tocante aos espaços extra-urbanos. Afinal, a regulação da política agrária é de competência da União[257].

O vocábulo "ordenar", como se viu no introito, relaciona-se à organização do território, mediante a distribuição de atividades e ao controle do solo. Neste sentido, a "ordenação urbana", conforme os incisos XX, do artigo 21, e VIII, do artigo 30, liga-se à organização do solo classificado como urbano e ao desenvolvimento urbano. Este engloba as ações insertas nas políticas públicas de habitação, saneamento e transportes urbanos, excluindo aquelas relacionadas à produção de gêneros primários, as quais, por força do §1º, do artigo 187, englobam as "atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais".

No âmbito municipal, esta ordenação se realizará mediante o plano diretor e a regulação e controle do "uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano". Isto denota que estes textos jurídico-normativos vinculam todos os proprietários de imóveis urbanos.

A expressão "bem-estar" apresenta-se, na Constituição, vinculada aos indivíduos[258], enquanto sujeitos e beneficiários das ações públicas voltadas ao desenvolvimento[259] e à satisfação de suas necessidades. Neste sentido, o artigo 193, da Constituição reconhece, não obstante os aspectos neoliberais presentes no Texto de 1988, que a satisfação destas necessidades demanda a realização de ações e políticas públicas sociais típicas do Estado Providência.

Todas estas definições foram densificadas, em âmbito infraconstitucional, pelo Estatuto da Cidade, cujo projeto, embora apresentado à Câmara dos Deputados após a promulgação da Constituição de 1988, tramitou durante toda a década de 1990. Assim, pode-se afirmar que o texto final da sobredita lei foi influenciado pelas orientações da Declaração de Istambul, que, entre as suas características, marcou-se pela ênfase na questão ambiental, na segurança jurídica da posse, no tratamento da pobreza urbana e nos mecanismos de indução/desestímulo dos proprietários e de cooperação entre estes e os Entes Públicos como meios de fomentar o uso adequado do solo.

---

[257] Isto pode ser comprovado pelas considerações acerca dos planos de ordenamento territorial de cada uma destas políticas e pela competência para instituir tributos sobre a propriedade rural e urbana. No primeiro caso, a competência é federal, nos termos do inciso VI do *caput* do artigo 153, e o §4º deste mesmo artigo. No segundo caso, a competência é municipal, conforme o artigo 156, inciso I e §4º, bem como o artigo 182, §4º, inciso II.

[258] Neste sentido, vincula-se o bem-estar aos habitantes da cidade, conforme o *caput* do artigo 182, e aos proprietários e trabalhadores rurais, segundo o inciso IV, do artigo 186. Vincula-se também ao desenvolvimento cultural e socioeconômico da população, conforme o artigo 219, aos idosos, em decorrência das ações públicas dirigidas a esta parcela da população, nos termos do artigo 230, e aos índios, no tocante ao reconhecimento de sua posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas, conforme o §1º, do artigo 231.

[259] Este é o caso do parágrafo único do artigo 23, que prescreve que a cooperação entre os Entes Federados, no que concerne às competências comuns, objetivam equilibrar o "desenvolvimento" e "o bem-estar" nacionalmente.

Neste sentido, o *caput*, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, prescreveu que a Política Urbana objetiva "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais": "da cidade"; e "da propriedade urbana". Assim, no que concerne ao primeiro escopo, o citado dispositivo legal reproduziu o Texto Constitucional. Porém, no que se refere ao segundo, inseriu um elemento que, apesar de não estar salientado no *caput*, do artigo 182, não é estranho à matéria. Afinal, em termos lógicos, não se pode imaginar a função social da cidade de forma apartada da função social da propriedade do solo. Em termos jurídicos, os §§1º e 2º, do mencionado artigo 182, da Constituição, prescrevem que a função social da propriedade urbana decorre do cumprimento das prescrições constantes no plano diretor, que é o "instrumento básico" da política urbana.

Porém, o Estatuto da Cidade, em consonância aos sistemas da Europa latina ocidental – notadamente os casos francês e espanhol – não se limitou a sobredita prescrição sintética. Nos incisos do citado artigo 2º, indicou de forma detalhada as diretrizes da disciplina jurídico-urbanística. Assim, os incisos I, IV, VI – alínea *g* –, VII, VIII e XII, prescreveram que a política urbana tem por escopo garantir cidades sustentáveis. Isto abrange o acesso à terra, "à moradia", ao "saneamento", à rede de serviços públicos, o que abarca o transporte e o "lazer". Além disso, estes dispositivos prescrevem a "adoção de padrões" sustentáveis de produção e consumo; a tutela do ambiente natural e artificial em suas diversas acepções. Eles prescrevem, ainda, a distribuição geográfica adequada de indivíduos e atividades, por meio da "ordenação" e do "controle do uso do solo". Portanto, a distribuição geográfica adequada objetiva corrigir as "distorções do crescimento urbano", evitar a "degradação" ambiental e fomentar a "integração e complementariedade" das atividades urbanas e rurais.

No que concerne à segurança jurídica da posse, conforme o inciso XIV, objetiva-se a elaboração e execução de ações voltadas à regularização fundiária e urbanística de "áreas ocupadas por população de baixa renda". Estas ações adotarão e flexibilizarão índices e parâmetros normativos, de forma a adequá-los às necessidades específicas dos grupos a serem atendidos.

Para enfrentar os problemas relacionados à pobreza urbana, os incisos V, VI – alínea *f* – IX a XI e XV prescrevem diversas diretrizes. Entre elas tem-se, por exemplo, a oferta de equipamentos e serviços públicos em conformidade "aos interesses", às "necessidades" e às características locacionais e populacionais e o combate à "deterioração das áreas urbanizadas". Prescrevem-se, ainda, a "recuperação" do mais valor urbano e a "justa distribuição dos ônus e benefícios" da urbanização. Ademais, prescrevem-se a conformação das diversas políticas setoriais e seus instrumentos para que os investimentos sejam dirigidos ao "bem-estar geral" e

à "fruição dos bens pelos diversos segmentos sociais". Elas exigem, ainda, a simplificação da legislação urbanística para reduzir os custos e acelerar a oferta de "unidades habitacionais".

Para induzir os proprietários a empregarem os seus bens imóveis em consonância às finalidades da política urbana, o inciso VI, em suas cinco primeiras alíneas, prescreve que a "ordenação e o controle do uso do solo" objetivam evitar o uso "inadequado" dos imóveis, a especulação imobiliária e que atividades mutuamente "incompatíveis ou inconvenientes" se localizem em uma mesma área. Estas regras visam evitar, ainda, que as atividades edilícias, de parcelamento e uso do solo sobrecarreguem ou subutilizem a infraestrutura urbana existente. Elas objetivam evitar, também, que a "instalação de empreendimentos ou atividades" que impactem o tráfego ou o adensamento populacional não incorporem os custos que dela decorrem, o que inclui os gastos com a instalação, reforma ou melhoramento da infraestrutura local.

No que se relaciona à cooperação entre os indivíduos e os Entes Públicos, os incisos II, III, XIII e XVI prescrevem que a política urbana tem por finalidade a "gestão democrática" e a ampliação da participação dos indivíduos – sozinhos ou coletivamente – nas diversas etapas desta política. Estes dispositivos prescrevem, ainda, que esta participação abarcará a realização de "empreendimentos ou atividades" que impactem o ambiente natural/artificial ou prejudiquem "o conforto ou a segurança da população", bem como proporcionem a isonomia entre atores públicos e privados na realização de "empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização"[260].

---

[260] Estas finalidades estão, pois, em consonância aos princípios e diretrizes expressos no "Estatuto das Metrópoles", o que demonstra que as diretrizes do "Estatuto da Cidade" não se restringem à zona urbana ou ao território municipal. Neste sentido, prescrevem os artigos 6º e 7º, do Estatuto das Metrópoles: "Art. 6º – A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas respeitará os seguintes princípios: I – prevalência do interesse comum sobre o local; II – compartilhamento de responsabilidades para a promoção do desenvolvimento urbano integrado; III – autonomia dos entes da Federação; IV – observância das peculiaridades regionais e locais; V – gestão democrática da cidade, consoante os arts. 43 a 45 da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001; VI – efetividade no uso dos recursos públicos; VII – busca do desenvolvimento sustentável. Art. 7º – Além das diretrizes gerais estabelecidas no art. 2º, da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas observará as seguintes diretrizes específicas: I – implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum; II – estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum; III – estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; IV – execução compartilhada das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa; V – participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão, no acompanhamento da prestação de serviços e na realização de obras afetas às funções públicas de interesse comum; VI – compatibilização dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais dos entes envolvidos na governança interfederativa; VII – compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana, na forma da lei e dos acordos firmados no âmbito da estrutura de governança interfederativa. Parágrafo único – Na aplicação das diretrizes estabelecidas neste artigo, devem ser

O rol do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, foi posteriormente ampliado pelas Leis n. 12.608, de 10 de abril de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, pela Lei n. 12.836, de 02 de julho de 2013, que objetivou alterar alguns dispositivos do Estatuto da Cidade e pela Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015, que prescreve o compartilhamento da rede de infraestrutura para telecomunicações. Assim, a primeira lei inseriu a alínea *h* no inciso VI, para prescrever que a "ordenação e o controle do uso do solo" evitarão, também, a "exposição da população" aos "riscos de desastres" naturais ou causados pelo homem. A segunda lei inseriu o inciso XVII que prescreve que as atividades relacionadas ao uso, parcelamento e edificação incorporarão os avanços tecnológicos e científicos que permitam o uso eficiente dos recursos naturais e reduzam os impactos ambientais. A última lei, ao inserir o inciso XVIII, conferiu "tratamento prioritário" às intervenções que objetivem construir redes de infraestrutura de "energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento".

Além disso, algumas destas diretrizes foram salientadas ou detalhadas por outras leis que, embora tratem de outros temas ou políticas setoriais, impactam na política urbana. Este é o caso, por exemplo, da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e suas posteriores alterações. Esta lei, ao prescrever a organização da Administração Pública federal, criou o Ministério das Cidades.

Conforme o inciso XI, do artigo 27, o citado Ministério tem a competência para atuar nas políticas de "desenvolvimento urbano", "trânsito", "habitação", "saneamento ambiental" e "transporte urbano". Ele é competente, também, para desenvolver "políticas de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano". Ele terá a atribuição de planejar, regular, gerir os recursos e promover, de forma articulada, com os demais Entes Públicos, com os atores privados de mercado e as organizações da sociedade civil, "ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano". Ele deve "participar na formulação de diretrizes" para conservar os "sistemas urbanos de água", de forma a instituir as "bacias hidrográficas como unidades básicas de planejamento e gestão do saneamento".

Outros exemplos se encontram nas Leis n. 11.124, de 16 de junho de 2005, e n. 11.977, de 07 de julho de 2009. A primeira prescreveu no seu artigo 2º que o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social objetiva possibilitar "o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável" à população de menor poder aquisitivo. Estes objetivos serão alcançados

---

consideradas as especificidades dos Municípios integrantes da unidade territorial urbana quanto à população, à renda, ao território e às características ambientais".

por meio de “políticas e programas de investimentos e subsídios”; auxiliar as “instituições e órgãos” que atuem no setor habitacional.

A segunda lei, no artigo 48, prescrevia que as políticas de regularização fundiária se orientariam: pelo acesso à terra e à habitação – nos termos prescritos pela Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005 – conferindo-se prioridade para que as populações de baixa renda não fossem removidas das áreas por elas ocupadas. Estas políticas públicas objetivam dirigir as ações públicas e privadas para fomentar a “melhoria das condições” de habitabilidade e “sustentabilidade urbanística, social e ambiental”. Elas se centram, também na “participação dos interessados” em todas as ações e fases relacionadas à regularização fundiária, na resolução pacífica e “extrajudicial” dos conflitos e na segurança jurídica da/na posse, conferindo-se os títulos de regularização, “preferencialmente”, às mulheres. Ademais, elas devem envolver e coordenar os diversos Entes Públicos e os atores privados. Enfim, há a articulação entre a política de regularização fundiária e diversas outras políticas setoriais a ela relacionadas, tais como, “habitação”, tutela ambiental, “saneamento básico”, “mobilidade urbana” e “geração de emprego e renda”.

Outra ilustração pode ser encontrada na Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que, ao instituir as diretrizes nacionais para os serviços de saneamento básico. Esta lei prescreve, no artigo 2º, que os mencionados serviços compreenderão o “abastecimento de água”, o “esgotamento sanitário”, a “limpeza urbana”, o “manejo de resíduos sólidos” e a “drenagem e manejo das águas pluviais”.

Ademais, estes serviços reger-se-ão pelo acesso universal e integral a todas as ações compreendidas nesta política, o que abarca a instalação, execução, conservação e fiscalização preventiva dos equipamentos, redes de infraestrutura e serviços. Eles buscarão adequar cada um dos componentes da política às “peculiaridades locais e regionais” e à capacidade financeira dos usuários, mediante a “adoção de métodos, técnicas e processos” apropriados. Além disso, esta política pública se regerá pela eficiência e sustentabilidade econômica e ambiental, notadamente no que tange à gestão dos recursos hídricos, com atenção ao consumo de água.

Enfim, a política de saneamento básico se regerá pela integração e articulação dos seus diversos componentes e entre estes e outras políticas públicas. Por exemplo, o “desenvolvimento urbano e regional”, a “habitação”, a erradicação e o “combate à pobreza”, a tutela ambiental, a “promoção da saúde” e a melhoria na “segurança, qualidade e regularidade” na prestação, mediante a institucionalização dos processos decisórios e controle social.

Mencione-se, ainda, a Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012, que, ao instituir as diretrizes da Política de Mobilidade Urbana. Ela prescreveu, no artigo 5º, que a política se

regeria pelos princípios da "acessibilidade universal", do "desenvolvimento sustentável das cidades", da "equidade" no acesso ao transporte coletivo e no uso do espaço público, da eficiência em sentido amplo, da "gestão democrática" e da "justa distribuição dos benefícios e ônus" decorrentes dos serviços e modos de circulação.

O artigo 6º da citada lei prescreveu que esta política deve integrar as políticas públicas com dimensão territorial urbana e os diversos meios de transporte urbano. Ela deve priorizar os "modos de transporte não motorizados sobre os motorizados" e, entre estes, os meios de transporte público coletivo, notadamente aqueles de caráter estruturador do território e que induzissem ao "desenvolvimento urbano integrado". Ademais, ela deve mitigar os "custos ambientais, sociais e econômicos com deslocamento", incentivando pesquisas e o uso de fontes de "energia renováveis e menos poluentes", integrando as redes de transporte entre "cidades gêmeas" situadas em "faixas de fronteira".

Assim, a Política de Mobilidade Urbana objetivaria, conforme o artigo 7º, promover a redução da desigualdade, promover a inclusão social e o acesso aos serviços e equipamentos urbanos. Além disso, ela deve promover o desenvolvimento sustentável, a consolidação da "gestão democrática" e a melhoria da qualidade de vida urbana, mediante a garantia da "mobilidade" e da "acessibilidade".

Este último vocábulo foi definido pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. O inciso I, do artigo 3º, juntamente com o artigo 53, prescreveram que a "acessibilidade" se constituía como um direito – intimamente relacionado aos direitos fundamentais, notadamente aos direitos de liberdade. A acessibilidade garantiria aos indivíduos "com deficiência ou com mobilidade reduzida" o uso, com "segurança e autonomia", dos "espaços, mobiliários, equipamentos urbanos", "serviços", "transportes", "edificações" e "instalações" que fossem "abertas ao público", ou fossem de "uso público ou privados de uso coletivo". Assim, a acessibilidade não se restringiria aos sistemas de transporte, mas abarcaria todos os aspectos da política urbana, impactando o uso do solo, as edificações, o desenho urbano e a concepção e disponibilização dos serviços, infraestruturas e equipamentos[261].

[261] Estes impactos podem ser comprovados pelos artigos 3º e 41 do Estatuto da Cidade. O primeiro dispositivo sofreu alterações nas redações dos incisos III e IV em decorrência da Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, enquanto esta lei acresceu o §3º ao mencionado artigo 41. Neste sentido, prescrevem os incisos III e IV, do artigo 3º, e o §3º, do artigo 41, todos do Estatuto da Cidade: "Art. 3º – Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana: [...] III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público; IV – instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público. Art. 41 – O plano diretor é obrigatório para cidades: [...] §3º – As cidades de que trata o *caput* deste artigo devem elaborar plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor no qual está inserido, que disponha sobre os passeios

Todos estes argumentos sobre o escopo da política urbana constitucionalmente prescrita, sobre os princípios, diretrizes e objetivos que o densificam, no plano infraconstitucional, podem ser sintetizados na realização do "direito à cidade". Como demonstrado em outra ocasião[262], esta expressão designa o fim da política urbana, pois compreende, dois sentidos. O primeiro se liga à participação dos indivíduos "nas decisões referentes à produção e ordenação do espaço"[263], possibilitando-lhes, "numa dimensão simbólica", a "apropriação deste mesmo espaço de modo a se sentirem membros da comunidade em que vivem, de se sentirem retratados na e pela paisagem urbana". O segundo sentido se vincula ao acesso "aos bens" – notadamente à terra urbana – à "infraestrutura", às redes de serviços públicos e privados, aos equipamentos urbanos e "às condições sociais", ambientais e econômicas, permitindo que os indivíduos "atribuam um significado" à cidade[264].

Assim, o direito à cidade opera com um sentido de espaço que se aproxima da acepção lefebvriana, pois, reconhece-o como um ambiente entremeado e determinado por: "redes de relações sociais"; atribuições de sentidos e sentimentos de afetividade/pertença ao grupo social. Ademais, ele reconhece que os sentidos de "proximidade" e de "temporalidade" são considerados como "invenções sociais", as quais, embora sejam perceptíveis pelos homens mediante contrastes – por exemplo, "perto-longe" –, podem ser alteradas, por meio do acesso aos elementos e às condições que o caracterizam[265].

---

públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres, como os órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos, entre outros, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros".

[262] COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo...*, p. 175-176.

[263] A participação é um meio de comprometimento dos indivíduos e um mecanismo de controle das ações públicas, objetivando redirecioná-las do mero e exclusivo cumprimento de "metas orçamentárias" ao "desenvolvimento social". Assim, ampliar-se-ia a "liberdade dos indivíduos", o que, em última análise, contribuiria para o cumprimento das citadas metas. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 26, 46 e 50; ROCHA, Jefferson Marçal da. Uma utopia possível ou a busca do consenso ? Análise do livro « desenvolvimento como liberdade » de Amartya Sen. *Redes*, Santa Cruz do Sul, v. 6, n. 2, p. 195-200, maio/ago. 2001. p. 198-199.)

[264] O acesso é, a um só tempo, uma condição para a realização plena do direito à cidade e um dos objetivos a serem buscados. Segundo a terminologia de Chantal Mouffe, o acesso confere aos indivíduos e grupos que se encontram numa situação de subordinação fática, a possibilidade de vocalizarem as suas demandas. Afinal, isto lhes atribui oportunidades/liberdades de participação, conforme a noção de "desenvolvimento" adotada pela Constituição. (MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 32.)

[265] Para Roberto DaMatta, este "elemento relacional" seria característico da conformação social brasileira. Ele sustentaria as relações de solidariedade e as relações disfuncionais da esfera pública brasileira, como, por exemplo, o clientelismo e a seletividade na aplicação da lei.

Assim, ambos os aspectos se entrecruzam. Exige-se que a elaboração de mecanismo de atuação social se oriente para fomentar as primeiras relações e, ao mesmo tempo, impedem/coíbem as outras, evitando, ainda, a cooptação das relações de solidariedade pelas práticas disfuncionais. (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 108, 132, 128, 30, 32, 36 e 91.)

Logo, o binômio caracterizador do direito à cidade objetiva a integração – e não a "homogeneização" – dos "indivíduos"[266] neste espaço em seu aspecto físico e como um "local privilegiado das relações dialógicas. Afinal, são essas relações que conferirão sentido ao espaço"[267].

Esta definição, conforme já se afirmou em outra oportunidade[268], além de adequar-se às premissas do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, aproxima-se da primeira noção atribuída ao direito à cidade, durante o II Fórum Social Mundial, em 2005. Nesta ocasião, o direito à cidade foi considerado como um novo direito humano abrangente[269]. Ele se apresenta como o fruto das conformações socioeconômicas e das necessidades contemporâneas[270], cujos efeitos alcançariam as diversas espécies de relações jurídicas – interindividuais, entre os diversos Entes Públicos e entre estes e os indivíduos[271].

---

[266] HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 52.

[267] "A percepção do acesso à cidade como um direito de praticá-la, vivenciá-la, ultrapassa a sua condição de unidade social complexa, nos moldes da gestão urbana convencional. Na verdade, o uso social da cidade impõe a predominância de práticas participativas capazes de permitir situações que conduzam a um processo de intercâmbio entre sua base administrativa, a respectiva sociedade nela existente e a infra-estrutura construída". (SILVA, José Borzacchiello da. O Estatuto da Cidade e a reforma urbana no Brasil. *GEOUSP*, São Paulo, n. 10. p. 9-26, 2001. p. 11. Em sentido aproximado, Felipe Brito e Pedro Rocha de Oliveira reconhecem que atualmente, as cidades não são somente palcos da luta por direitos, mas elas mesmas se constituem em objetos destas lutas, isto é, aquilo que se pretende conquistar. Para mais informações: BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de. *Op. cit.*, p. 122.)
Assim, o "direito à cidade" se aproxima da perspectiva de Laclau e Mouffe. Para eles, a "proliferação do político" exige o processo participativo e este possibilita a construção identitária necessária à união dos grupos para que estes atuem na esfera pública – no caso, a esfera pública urbanística. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 234.)
Em sentido aproximado, Bourdieu, afirmou que os moradores de regiões estigmatizadas, ao se conscientizarem de sua condição de não pertencimento podem, inicialmente, apropriarem-se desse estigma e empregá-lo como critério identificador do grupo – conferindo-lhe uma conotação positiva, muitas vezes exacerbada. Posteriormente, este mecanismo reabilitaria a área para os próprios moradores, melhorando suas condições de vida, sem que isto implique a negação da identidade construída. (BOURDIEU, *Op. cit.*, p. 107-132. Em sentido semelhante ao primeiro elemento apontado por Bourdieu: ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 501; SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 20 e 23.)

[268] Conforme já se afirmou em outra oportunidade, o "direito à cidade" pode ser extraído de diversos documentos e conferências internacionais. Entretanto, o principal marco definidor do conteúdo jurídico desta expressão encontra-se no II Fórum Social Mundial, de 2005, que editou a "Carta Mundial do Direito à Cidade". (NOVAES, Giovana; COSTA, Igor Sporch da. O direito à cidade e a política de transporte urbano coletivo: reflexões a partir da relação entre a definição da tarifa e a participação popular no município de Ponta Grossa-PR. *Revista dos tribunais sul*, São Paulo, v. 1, p. 35-104, 2013. p. 43. Para maiores informações sobre autores que compartilham esta mesma orientação, vide a bibliografia constante deste artigo.)

[269] Neste sentido, o direito à cidade se adequaria à complementariedade ínsita aos direitos fundamentais, pois, a realização de um dos direitos que o compõem contribui para a realização dos demais. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 57. Em sentido semelhante, mas tratando especificamente do direito ao transporte, o Movimento Passe Livre, afirmou que um dos efeitos das "jornadas de junho" foi o reconhecimento do transporte como uma "questão transversal" e um direito fundamental para a realização de outros direitos, "na medida em que garante o acesso aos demais serviços públicos". Para mais informações: MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 26.)

[270] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 33.

[271] DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 107.

Esta abrangência, para Liana Portilho de Mattos[272], indica que este direito humano envolvente é a expressão da dignidade da pessoa humana na produção do espaço, pois, objetiva garantir diversos direitos fundamentais, com expressão ou impacto espacial. Por exemplo, a liberdade de locomoção, a segurança, a participação política, a moradia, a educação, a saúde, o acesso aos serviços públicos, o lazer, a informação, a preservação do patrimônio histórico, a sustentabilidade, a justiça social e a cidadania.

Esta identificação do direito à cidade como uma expressão da dignidade humana – acepção axiológica – e como um novo direito humano abrangente – que denota sua carga deontológica – implica em reconhecê-lo como a feição do interesse público na produção/ordenação sócio-espacial da cidade. Assim, o direito à cidade em sua primeira acepção se apresenta como uma das facetas da finalidade para a própria existência do Estado, um valor e, portanto, como um princípio geral da normatividade, que inspirou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e do legislador infraconstitucional, aos quais competiu traduzir este fim/valor para o código jurídico. Isto pode ser comprovado pelo processo de criação do Capítulo II, do Título VII, da Constituição e do Estatuto da Cidade.

Em sua acepção deontológica, o direito à cidade apresenta-se como uma densificação normativa do conteúdo do interesse público. De um lado, reduz a sua indeterminação, ao apresentar elementos que especificam o seu conteúdo. Lado outro, permite prever as condutas adequadas e inadequadas a este conteúdo, bem como as consequências destas últimas. O exame desta atribuição de densidade normativa exige analisar o direito à cidade inserto no discurso jurídico, razão pela qual, este é o objeto da próxima seção.

2.2.2.2 O direito à cidade no discurso jurídico e as consequências do reconhecimento do seu caráter deontológico

O direito à cidade – o interesse público na produção/ordenação sócio-espacial da cidade – em sua acepção deontológica, pode ser analisado conforme os pressupostos teóricos de Günther, de Müller etc. Isto é, o direito à cidade, no discurso de justificação: apresenta-se como a realização dos direitos fundamentais com expressão ou impacto territorial

[272] MATTOS, Liana Portilho. *Arts. 1º*..., p. 86. Em sentido semelhante: SEN, Amartya. *Desenvolvimento*..., p. 19.

Assim, o direito à cidade se mostra como uma redução da pluralidade semântica responsável pela indeterminação ínsita à expressão "interesse público", mas, sem a eliminar. O direito à cidade abrange a realização de diversos direitos fundamentais não hierarquizados previamente. Ele se configura mutável, devido à ampliação do rol de direitos que o compõem, ou da agregação/modificação de sentidos dos mesmos[273].

O direito à cidade se apresenta supremo, já que se identifica à realização dos direitos fundamentais que são a finalidade da atuação estatal na produção/ordenação sócio-espacial. Ele não admite transação, pois, enquanto um conjunto de direitos fundamentais, sua titularidade pertence aos indivíduos, e como finalidade dos Entes Públicos não admitiria negociação, sob pena de se descaracterizar enquanto escopo a ser alcançado.

Esta caracterização do discurso de justificação, notadamente no que tange à indeterminação e à mutabilidade, salienta as dificuldades inerentes à produção dos textos jurídico-normativos relacionados à matéria. Em razão da sua abrangência, os Entes Públicos têm dificuldade em filtrar as demandas envolvendo o direito à cidade – expressas nas mais diversas manifestações sociais – e, assim, não criam meios aptos ao atendimento destas reivindicações[274]. Esta dificuldade, as disfunções da esfera pública pátria e a exacerbação dos elementos neoliberais presentes nas ordens jurídica, política e econômica brasileiras contribuíram para que melhoria da qualidade de vida urbana se identificasse ao aumento de renda. A consequência desta identificação foi a "coalizão" entre "geração de emprego e

[273] Note-se, por exemplo, a inserção, no artigo 2º, do Estatuto da Cidade, da alínea *h*, no inciso VI, e dos incisos XVII e XVIII, bem como as alterações decorrentes da Lei de Acessibilidade na noção de Mobilidade Urbana. O mesmo pode ser notado: na ampliação do rol do artigo L 101-2, do *Code de l'urbanisme* francês; na ampliação do objeto do *Diritto Urbanistico* italiano; e nas inúmeras atualizações da *Ley del Suelo* espanhola.

[274] Esta dificuldade pode ser ilustrada pelas "jornadas de junho", as quais, num primeiro momento, tiveram como principal reivindicação a revogação do aumento das tarifas do transporte público. Posteriormente, agregaram-se outras reivindicações como saúde, educação, segurança, moradia e ampliação dos canais de participação.
No entanto, os diversos agentes políticos não conseguiram perceber que estas demandas se relacionavam à realização do direito à cidade, já que as reivindicações envolviam direitos fundamentais com expressão ou impacto territorial. Assim, os Entes Públicos não foram capazes de apresentar propostas satisfatórias para a solução de parte considerável destas demandas.
Talvez, esta incapacidade forneça elementos que expliquem a transformação das citadas demandas em reivindicações de caráter etéreo e moralizante. Por exemplo, o fim da corrupção, identificado a um grupo de atores políticos e não como uma disfunção da esfera pública brasileira. Outra ilustração se encontra nas manifestações de caráter reacionário, como, por exemplo, o fim da política e a intervenção militar – inserindo-se, nestas últimas, os atos de perseguição e agressão físicas e verbais aos indivíduos considerados defensores, ou apoiadores, ainda que aparentemente, de pautas sociais. (ROLNIK, Raquel. Apresentação: as vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 10-11.)

aumentos salariais" e a facilitação da "ação do mercado", objetivando "abrir frentes de expansão do capital finaceirizado"[275].

Porém, esta identificação não implica, necessariamente, a realização do direito à cidade. Afinal, sua efetividade depende da elaboração, da execução e da articulação das políticas públicas necessárias à realização dos direitos fundamentais que o compõem[276].

Esta relação de dependência – decorrente da abrangência do direito à cidade – demonstra que o direito à cidade envolve elementos concretos do cotidiano da vida urbana – o que lhe retira a conotação de uma exortação moral abstrata. As dificuldades técnico-jurídicas para a elaboração de textos jurídico-normativos que objetivem realizar o direito à cidade não decorrem de seu caráter abrangente, mas de sua mutabilidade.

Assim, a realização completa e acabada do direito à cidade é impossível. A evolução social e as modificações do modo de vida urbano criam demandas por novos direitos, os quais, ao possuírem uma expressão/impacto espacial, inserir-se-ão no rol dos direitos que o compõem. Isto denota, portanto, que o direito à cidade é caracterizado como um devir – um tornar-se, um "direito de mudar a cidade" – o que salienta, portanto, a sua incompletude. A

---

[275] *Ibid*., p. 12-13. No mesmo sentido, Carlos Vainer afirmou que a "adoção das diretrizes e concepções neoliberais que reconfiguraram as relações entre capital, Estado e sociedade a partir da última década do século passado teve profundas repercussões a respeito do lugar e do papel da cidade no processo de acumulação. Sob a égide do consenso keynesiano, a cidade deveria ser regida por necessidades mais gerais de acumulação e circulação do capital, cabendo ao planejamento (modernista) a tarefa da racionalização e funcionalização espacial através de instrumentos que se generalizaram a partir da Segunda Guerra Mundial, colocando planos diretores e zoneamento em primeiro lugar.
Agora, sob a égide do Consenso de Washington, a cidade passa a ser investida como espaço direto e sem mediações da valorização e financeirização do capital. Concebidas enquanto empresas em concorrência umas com as outras pela atração de capitais (e eventos, é óbvio), as cidades e os territórios se oferecem no mercado global entregando a capitais cada vez mais móveis (*foot loose*) recursos públicos (subsídios, terras, isenções). A guerra fiscal é apenas uma das formas da urbanidade global, que empurra coalizões locais de poder a buscarem articulações em níveis nacional e internacional que assegurem a cada cidade – leia-se, aos capitais e capitalistas localizados – uma inserção, mesmo que subordinada, no mercado global.
[...] O que caracteriza essa nova concepção neoliberal de cidade e de governo urbano? Em primeiro lugar, fiel à inspiração neoliberal, o novo modelo levará ao banco dos réus a pretensão estatista e dirigista do planejamento moderno e seus planos diretores, com sua ideia de estabelecer modos, ritmos e direções do crescimento urbano. Na cidade, como na sociedade de modo geral, a intervenção do Estado é vista como algo nefasto, que inibe o livre jogo das forças de mercado, que pelos cânones do liberalismo econômico asseguraria a alocação ótima dos recursos. *Mutatis mutandis*, trata-se de abandonar a pretensão compreensiva e dirigista dos planejadores racionalistas e submeter a intervenção do Estado às lógicas, dinâmicas e tendências de mercado. Trata-se, portanto, de adotar, seguindo a fórmula do Banco Mundial, o 'planejamento amigável ao mercado' (*market-friendly planning*), ou o 'planejamento orientado para/pelo mercado' (*market-oriented planning*)". (VAINER, Carlos. *Op. cit.*, p. 65-67.)

[276] ROLNIK, Raquel. *Apresentação...*, p. 13; MARICATO, Ermínia. *É a questão...*, p. 33. No mesmo sentido, Joshua Cohen afirmou que a definição do "bem comum", em uma sociedade democrática, exige a definição e a deliberação sobre um sistema de políticas públicas que objetive a satisfação dos interesses de diversos atores. Exige-se, também, a conciliação dos dois sentidos de democracia – deliberativa/procedimental/participação e substancial/material/acesso – e que ultrapasse a lógica da barganha – a qual se aproximaria do clientelismo. (COHEN, Joshua. *Op. cit.*, p. 131-134 e 139-144. Em sentido aproximado, John Rawls afirmou que uma democracia deliberativa deveria abandonar a concepção de cidadão restrita ao período eleitoral, para adotar debates sobre políticas públicas. Para mais informações: RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 149-153 e 178-179.)

realização do direito à cidade somente atenderá o rol de direitos fundamentais que o compõem naquele momento, estabilizando provisória e temporariamente, os conflitos e demandas sociais. Entretanto, ao mesmo tempo, não se atenderão outras demandas sociais, as quais fomentarão novos conflitos pleiteando a sua inserção naquele rol e, consequentemente, a sua realização[277].

Esta acomodação provisória e temporária, nos termos apontados por Laclau e Mouffe, quando inseridas no sobredito cenário – das disfunções da esfera pública brasileira somada à exacerbação dos elementos neoliberais[278] – indicam a necessidade dos atores/grupos sociais envolvidos com a pauta da Reforma Urbana se adaptarem a este ambiente institucional para participarem do processo de elaboração dos citados textos jurídico-normativos. Neste sentido, David Harvey[279] afirmou que a "descentralização do poder que o neoliberalismo demanda", embora conflite com um modelo de "planejamento e controle centralizados", cria espaços de participação popular e inovações locais. De um lado, contribuem para a democratização da produção legislativa, mas, lado outro, dificulta a construção de alternativas e mecanismos em nível nacional.

No que tange ao discurso de aplicação, o direito à cidade é o resultado do processo exegético que produz a norma de decisão que concretiza o direito fundamental em discussão num dado caso concreto. No entanto, o rol de possibilidades de direitos em tensão se apresenta reduzido quando comparado ao interesse público em seu sentido geral. Afinal, somente integram o direito à cidade aqueles direitos fundamentais com expressão ou impacto territorial. Consequentemente, as possibilidades de preenchimento semântico do direito à cidade são menores do que as possíveis significações do interesse público em sentido amplo.

Neste sentido, a redução da indeterminação, típica do processo de concretização que caracteriza o discurso de aplicação, caracteriza-se pelo manejo de um número menor de variáveis. Isto não significa, necessariamente, que o processo decisório será menos complexo, afinal, ele se sujeitará às especificidades dos casos. Por exemplo: a variabilidade das realidades urbanas; os conflitos de interesses entre empreendedores imobiliários e os moradores de áreas em que os primeiros pretendem realizar seus empreendimentos; a própria dinâmica das cidades; e a mutabilidade espacial dos centros socioeconômicos, nos termos expostos por Lefebvre.

---

[277] HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 47-48 e 54-55.

[278] "A governança substituiu o governo; os direitos e as liberdades têm prioridade sobre a democracia; a lei e as parcerias público-privadas, feitas sem transparência, substituíram as instituições democráticas; a anarquia do mercado e do empreendedorismo competitivo substituíram as capacidades deliberativas baseadas em solidariedades sociais". (*Ibid*., p. 56-57.)

[279] *Ibid*., p. 57-58.

Ademais, enquanto resultado do processo de concretização, o direito à cidade se apresentaria supremo em relação aos demais elementos que compõem o caso e, exatamente por se constituir como a norma de decisão, ele não admitiria disposição. No entanto, isto não afasta o emprego da transação, da participação, da indução/desestímulo, ou de outros mecanismos não-contenciosos e/ou não-impositivos como um meio de realização do processo decisório. Estes mecanismos/instrumentos são formas/variações do processo de concretização, porquanto possibilitam a realização do direito fundamental específico, o qual, necessariamente, deve estar compreendido, explícita ou implicitamente, no rol que caracteriza o direito à cidade. Assim, o que é indisponível e supremo é o resultado deste processo – em suas várias formas de manifestação – e não os elementos que os compõem.

O reconhecimento do caráter deontológico do direito à cidade e a sua consequente inserção no discurso jurídico salientam que os textos jurídico-normativos que dele decorrem fornecem mecanismos para operar com a complexidade das cidades, sem, porém, pretender eliminá-la. Ademais, estes textos não são objetos que interessam somente aos juristas ou se apresentam como formas de "tornar a temática palatável aos aplicadores do direito". Afinal, a inter-relação entre estes textos e os comportamentos por ele prescritos "também interessará às diversas ciências" ocupadas da produção/ordenação espacial[280].

Além disso, o direito à cidade possui um caráter prospectivo. Este se torna evidente pelo escopo de adequação do espaço físico, mediante a utilização de planos[281], às necessidades dos indivíduos, o que, talvez, constitua-se na principal consequência do reconhecimento da carga normativa do direito à cidade.

A prospecção indicaria que os textos jurídico-normativos relacionados ao direito à cidade possuiriam: uma finalidade imediata – a realização de um dos direitos fundamentais de expressão ou impacto territorial; e uma finalidade mediata – a realização do direito à cidade[282].

---

[280] Como afirmado em outra ocasião: "enquanto as diversas ciências parcelares partem dos comportamentos para chegar à norma aplicável à situação em tela, ou seja, as normas jurídicas se apresentam como variáveis a serem consideradas; o direito parte das normas para estabelecer o comportamento tido por lícito. Logo, para uma análise de eficácia das normas jusurbanísticas, as ciências parcelares dependem do direito, porquanto esse fornecerá os elementos de pertinência ao ordenamento e produção de efeitos jurídicos. Para uma análise de efetividade, o direito depende das ciências parcelares, porquanto essas fornecem os dados que aferem a alteração da realidade e a sua relação com as normas jurídicas em exame". (COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo...*, p. 179.)

[281] Recorde-se a afirmação de Antonio Francisco de Sousa, para quem os planos se dirigem a uma concretização futura e sujeitam-se a inúmeras avaliações e reorientações que o dotam de especificidade face às demais espécies normativas. (SOUSA, António Francisco de. *Op. cit.*, p. 129-132.)

[282] Recorde-se as considerações sobre a coesão dinâmica e sua natureza de princípio geral de direito. Embora este princípio seja evidenciado nos ramos da ciência jurídica ligados às políticas públicas, ele não se restringiria a estes, mas abarcaria todo o ordenamento jurídico, já que os textos jurídico-normativos não estão isolados, mas, relacionam-se. Por exemplo, eles delimitam a abrangência e os conteúdos uns dos outros e, assim, compõem um todo harmônico que autoriza falar-se em sistema jurídico.

Esta bipartição denotaria que muitos dos citados textos se ajustariam à lógica permissividade/proibição, enquanto outros apresentariam um caráter funcional. Segundo este, entre todas as condutas lícitas, objetiva-se estimular os sujeitos a realizarem aquelas que sejam consideradas as mais adequadas/benéficas; ou desencorajá-los de realizarem aquelas que sejam vistas como inadequadas/prejudiciais[283].

Assim, o binômio característico do discurso jurídico – licitude/ilicitude – tem suas fronteiras realinhadas – ou, segundo alguns, fluidificadas – exigindo que o ordenamento jurídico crie mecanismos de incentivo ou desincentivo que sejam aptos a realizar a aludida finalidade[284]. No entanto, a criação destes mecanismos exige a comunicação entre o Direito e as demais Ciências ocupadas da ordenação sócio-espacial das cidades.

Por exemplo, estas últimas devem fornecer os parâmetros definidores da gradação entre as diversas condutas lícitas adequadas, lícitas inadequadas e ilícitas. Elas devem fornecer as possibilidades de compatibilidade entre estas condutas e as hipóteses em que elas se mostram excludentes[285]. Além disso, elas fornecerão os mecanismos de aferição de cada um destes comportamentos. Enfim, elas apresentam as possíveis consequências pela prática/omissão em cada uma destas situações.

Ao Direito caberia, portanto: a inserção destes parâmetros no ordenamento jurídico; a definição das áreas em que existirá espaço para a discricionariedade técnica e administrativa[286]. O Direito elegerá, também, os mecanismos de aferição e definirá as consequências pela ação/inação que contribuem para a realização do direito à cidade, sem, contudo, afrontar outros direitos, bens ou finalidades juridicamente protegidas.

Outra decorrência desta comunicação é auxiliar o processo decisório em situações que envolvam o confronto entre a macro e a microjustiça. As políticas públicas e os planos urbanísticos são elaborados – discurso de justificação – numa perspectiva generalista ou para abarcar um grande número de situações. Estas situações devem ser descritas de forma a poder selecionar os casos que são por elas abarcados; estas descrições estabelecem prioridades e cronogramas de realização.

Entretanto, as demandas judiciais – e, portanto, as decisões produzidas no discurso de aplicação – envolvendo estes textos jurídico-normativos, ao se prenderem aos elementos do

---

[283] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 18-20, 61-73 e 96-100.

[284] Este rearranjo das linhas divisórias da licitude/ilicitude, portanto, demonstra os limites do direito para enfrentar a questão urbana, o que salienta a necessidade da abordagem interdisciplinar mencionada anteriormente. (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 114.)

[285] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 129-130.

[286] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Loc. cit*.

caso e às demandas individuais ou de um pequeno grupo, podem modificar a elaboração inicial e os resultados das políticas públicas e dos planos. Afinal, estas decisões podem inserir situações assemelhadas e fronteiriças que não foram consideradas – ou foram deliberadamente excluídas – pelos formuladores das políticas/planos. As decisões podem, também, inverter as prioridades – por exemplo, a ordem dos beneficiários – fixada pelos formuladores.

Logo, a comunicação entre o Direito e as demais ciências ocupadas do fenômeno urbano podem auxiliar o decisor – durante o discurso de aplicação. Elas fornecerão ao decisor parâmetros para que este, ao realizar a microjustiça – a justiça do caso – não impeça a realização da macrojustiça – decorrente dos efeitos gerais advindos da realização da política/plano[287].

O reconhecimento da importância da prospecção não significa o esvaziamento do caráter normativo do direito à cidade. Numa perspectiva "[…] fragmentária, própria de quem examina o problema nos limites da lide proposta pelas partes […]",[288] o direito à cidade se apresenta exigível, ainda que indiretamente[289]. Afinal, toda a vez em que os direitos fundamentais com impacto ou expressão territorial são pleiteados judicialmente – como o acesso à agua potável, ao saneamento básico, à moradia etc, – os autores estão requerendo, ainda que indiretamente, que o direito à cidade se torne uma realidade.

Sua exigibilidade decorre de sua sede constitucional implícita – decorrência da dignidade da pessoa humana – e, também, de sua relação com os direitos fundamentais[290] que

---

[287] MARSHALL, T. H.. *Op. cit.*, p. 97-98 e 100.

[288] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 104-105.

[289] O reconhecimento da exigibilidade do direito à cidade objetivaria corrigir algumas disfunções da esfera pública brasileira, decorrentes do seu caráter autoritário: a identificação pragmática de alguns indivíduos como titulares apenas de deveres; e a adoção de práticas clientelistas. Afinal, uma vez que o direito à cidade é considerado com juridicidade suficiente para sustentar demandas judiciais para acesso a direitos: os demandantes passam a se conscientizar de seus direitos e a pressionar as instituições e os órgãos estatais para que obtenham um tratamento adequado a esta condição; estes direitos deixam de serem vistos como benefícios ou favores a serem posteriormente retribuídos – mediante o voto, por exemplo. (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 93.)

[290] Esta afirmação resta clara quando se recorda que o binômio que caracteriza o direito à cidade se relaciona a direitos fundamentais de todas as gerações. A participação no processo decisório se vincula aos direitos políticos. O acesso aos bens, serviços, equipamentos e infraestruturas se relacionam aos direitos sociais e aos direitos de liberdade, como, por exemplo, à liberdade de locomoção. Até mesmo os direitos fundamentais de quarta e quinta geração – conforme taxonomia adotada por alguns autores – relacionam-se ao direito à cidade. Por exemplo, o direito ao ambiente urbano ecologicamente equilibrado, o direito à informação para participação popular, o direito à paz como uma decorrência do direito à segurança, relacionado às políticas públicas no setor e ao direito de liberdade de locomoção. (HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 55-56.)
Não obstante estas vinculações, não se pode afirmar que os Entes Públicos brasileiros desenvolvam, adequadamente ações tendentes à realização do direito à cidade ou dos direitos fundamentais que o compõem. Como recorda José Murilo de Carvalho, a falta de ações adequadas no setor da segurança pública – a omissão estatal ou a adoção de uma política truculenta de lei e ordem – fomentam a desconfiança da população em relação aos agentes e órgãos ligados ao setor: "as empresas e a classe alta cercam-se de milhares de guardas particulares para fazer o trabalho da polícia, fora do controle do poder público. A alta classe média entrincheira-se em condomínios protegidos por muros e guaritas. As favelas, com menos recursos, ficam à mercê de quadrilhas organizadas que, por ironia, se encarregam da única segurança disponível. Quando a polícia aparece na favela é para trocar tiros com as quadrilhas, invadir casas e eventualmente ferir ou matar inocentes".

o compõem – os quais se apresentam, verdadeiramente, como direitos subjetivos dos indivíduos[291].

A exigibilidade, quanto conjugada à prospecção indica, ainda, outras consequências, como, por exemplo, o reconhecimento de que o direito à cidade possibilita o controle de legalidade e de finalidade das ações públicas insertas na política urbana. Afinal, a opção a ser eleita pelo gestor público deve ser aquela que realize o citado escopo[292]. Além disso, a exigibilidade conjugada à prospecção permite enfatizar o papel do direito à cidade na determinação do regime jurídico da propriedade urbana.

Assim, esta forma de tratamento da matéria contribui para aumentar a segregação sócio-espacial, que não se restringe à determinação do local onde as pessoas habitarão, mas, alcança, até mesmo, os locais onde estas pessoas poderão transitar e consumir, como ilustram os casos relacionados aos *shoppings centers*. A carência de equipamentos de lazer nas cidades brasileiras tornou estes estabelecimentos comerciais os únicos lugares para diversão da população, o que, reforça a identificação entre consumo e lazer e entre direito de consumir e cidadania. Porém, o ingresso de indivíduos ou de grupos de indivíduos pertencentes às camadas pauperizadas nestes estabelecimentos geram situações de ofensa aos seus direitos. Eles são abordados pelos agentes de segurança ou são expulsos do local. Os lojistas e os administradores requerem, judicialmente, que a entrada dos grupos seja proibida; os lojistas negam-se a atender ou vender para eles. Há, ainda, os conflitos entre estes indivíduos e os clientes habituais do estabelecimento, pois estes se sentem "desconfortáveis" com a presença das "classes perigosas". (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 214 e 228-229. Ricardo Luiz Coltro Antunes também ilustrou este caráter segregacionista dos *shoppings centers* no Brasil, o que denota que este fenômeno é corriqueiro e que, também, não é recente. Para mais informações: ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro. *A desertificação neoliberal no Brasil*: Collor, FHC e Lula. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 68-69.)

[291] Ilustra esta afirmação o inciso V, do artigo 53 e o §1º, do artigo 54, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 53 – A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: [...] V – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Art. 54 – É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] §1º – O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo".

[292] Se entre as múltiplas opções abertas ao gestor público, ele deve escolher a que melhor realize o direito à cidade, pode-se afirmar que esta é a sua única opção, isto é, a sua única resposta correta. Isto pode ser ilustrado pela possibilidade do controle de finalidade sobre: a política de mobilidade e as regras específicas criadas em razão da Copa do Mundo de Futebol de 2014.

No primeiro caso, segundo especialistas, ações públicas como a desoneração para aquisição de automóveis – acima mencionada – e a "prioridade" conferida às "obras de infraestrutura dedicadas à circulação de automóveis", ao beneficiarem o transporte individual em detrimento do coletivo contrariam a finalidade da política urbana – o direito à cidade. Estas medidas prejudicaram a "mobilidade urbana", mesmo que várias obras públicas tenham sido justificadas neste sentido. Elas encobririam mecanismos para beneficiar a indústria automobilística e a construção civil, além de expandirem o "mercado imobiliário" – o que beneficiava, na verdade, o "financiamento de campanhas" eleitorais.

No segundo caso, as regras específicas criadas para a Copa do Mundo, sob o pretexto de possibilitar o evento e atrair recursos, também prejudicaram a realização do direito à cidade. Elas permitiram as "remoções forçadas de 200 a 250 mil pessoas nas cidades anfitriãs da Copa", o que contraria o direito à moradia. Elas proporcionaram uma "gigantesca onda de limpeza étnica e social das áreas que recebem investimentos, equipamentos e projetos de mobilidade". As populações pauperizadas foram transferidas "para as periferias distantes, a duas, três ou quatro horas dos locais de trabalho, a custos monetários absurdos e condições de transporte precaríssimas". (MARICATO, Ermínia. *É a questão...*, p. 42; VAINER, Carlos. *Op. cit.*, p. 68-69.)

2.3 A funcionalização do direito de propriedade de imóveis urbanos no Brasil

A Constituição garante o direito de propriedade em inúmeros dispositivos, como, por exemplo: como direito fundamental, no *caput* e incisos XXII e XXIII, do artigo 5º; como fundamento da ordem econômica, nos incisos II e III, do artigo 170. Assim, ao garantir o direito de propriedade, a Constituição atribuiu uma conformação jurídica inicial ao ato de "ter"[293]. Ela também remeteu ao legislador infraconstitucional o dever de criar leis que pormenorizassem as prescrições constitucionais e especificassem os diversos aspectos deste direito. Além disso, estas leis definiriam as causas e modalidades de aquisição e perda da propriedade, bem como prescreveriam a extensão das prerrogativas proprietárias. Em suma, a Constituição remeteu à legislação infraconstitucional[294] o dever de definir o direito de propriedade, em conformidade às prescrições constitucionais sobre a matéria[295].

No entanto, esta remessa ou reenvio da matéria à legislação infraconstitucional poderia ser interpretada de duas formas distintas. Pela primeira, em consonância à orientação monista, a legislação infraconstitucional criaria um único regime jurídico aplicável a todas as situações jurídicas proprietárias, independentemente das especificidades envolvendo os sujeitos e os objetos da relação jurídica proprietária. Pela segunda, em conformidade à orientação pluralista, a legislação infraconstitucional criaria múltiplos regimes jurídicos, em que cada lei regularia aspectos específicos – relacionados aos citados sujeitos ou aos mencionados objetos. Neste último caso, a apreensão do regime jurídico proprietário aplicável a cada situação demandaria uma análise que envolveria estes diversos textos jurídico-normativos[296].

---

[293] Neste sentido, em consonância a Miguel Nogueira de Brito, pode-se afirmar que os citados dispositivos se constituem como garantias constitucionais do direito de propriedade. Eles asseguram "ao titular do direito um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial, estendendo-se assim a todos os direitos de conteúdo patrimonial que são destinados pela ordem jurídica ao respectivo titular". (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 28.)

[294] Prescrevem o *caput* e os incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, e os incisos II e III, do artigo 170, da Constituição: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social. Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III - função social da propriedade".

[295] Em sentido oposto, Miguel Nogueira de Brito entende que, ao menos em Portugal, a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional seria mais ampla. Segundo ele, não haveria um "conceito constitucional" ou parâmetros conceituais constitucionais precisos que orientassem a atividade legislativa. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 32.)

[296] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 140.

A Constituição brasileira, inspirada pela doutrina civilista italiana, adotou a concepção pluralista do direito de propriedade. Ela prescreve a existência de diversas situações jurídicas proprietárias específicas, o que pode ser comprovado, por inúmeros dispositivos constitucionais.

O inciso XXV, do artigo 5º, prescreve a possibilidade de uso da "propriedade particular" pelos Entes Públicos na hipótese de "iminente perigo público", garantindo-se aos proprietários direito à indenização em caso de dano. O inciso XXIX, também do artigo 5º, assegura a propriedade dos "inventos" e "criações industriais", das "marcas" e outros elementos atinentes à atividade industrial. Os incisos III, do artigo 20, e V, do artigo 48, prescrevem que os recursos hídricos localizados em bens do "domínio" da União constituirão patrimônio federal, competindo ao Congresso Nacional definir o regime jurídico dos bens que integram este patrimônio. O inciso II, do artigo 26, prescreve que "as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras" situadas no domínio dos Estados comporão o seu patrimônio, excluindo-se os bens pertencentes à "União", aos "Municípios" ou a "terceiros". Os incisos III, do artigo 155, e III, do artigo 158, prescrevem a competência dos Estados para instituir imposto sobre a "propriedade de veículos automotores", atribuindo-se "cinquenta por cento" dos valores arrecadados aos Municípios em cujos territórios os veículos estejam licenciados. O *caput* do artigo 176, prescreve que as "jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica" são propriedade da União e, portanto, "constituem propriedade distinta da do solo". O *caput* do artigo 222, prescreve as condições para ser proprietários de "empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens". O *caput* e §6º, do artigo 231, prescrevem que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituirão patrimônio federal, reconhecendo-se a eles os "direitos originários" a estes bens, sendo nulos os atos concernentes à ocupação, à transferência de propriedade e à posse de populações não indígenas. O artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante aos "remanescentes das comunidades quilombolas" o direito de propriedade definitiva das terras que ocupem, competindo ao Estado a emissão dos "títulos respectivos".

No que concerne aos imóveis destinados a fins ambientais, agrários ou rurais, como se afirmou, a Constituição também prescreveu diferenças no tocante aos bens. No artigo 225, ela prescreveu que o "ambiente ecologicamente equilibrado" é um bem de uso comum do povo.

No que se refere à propriedade agrária, o artigo 186, fixou os requisitos que determinam a sua função social. O artigo 190 reenvia à legislação infraconstitucional a regulação e a limitação das hipóteses para "aquisição" ou "arrendamento" de imóveis rurais por indivíduos ou pessoas jurídicas estrangeiras. O artigo 191 prescreve em seu *caput* a hipótese de

usucapião especial de imóveis rurais e, no seu parágrafo único, exclui a possibilidade de os bens públicos serem adquiridos por este meio. O inciso II e o parágrafo único do artigo 185, prescrevem que à propriedade produtiva garantir-se-á tratamento especial e regime jurídico específico "para o cumprimento" dos requisitos relativos à sua função social, não podendo estes bens serem desapropriados "para fins de reforma agrária".

O inciso VI, do *caput*, do artigo 153, o inciso I, do seu §4º, e o inciso II, do artigo 158, tratam dos tributos sobre a propriedade rural. Eles prescrevem a competência federal para instituir estes tributos, bem como, as porcentagens dos valores arrecadados que serão transferidos obrigatoriamente aos Municípios em que se situem os imóveis. Eles prescrevem, ainda, que estes tributos serão progressivos para desestimular que estes bens restem improdutivos[297].

A Constituição, no artigo 243, prescreve que os imóveis empregados para "culturas ilegais de plantas psicotrópicas" ou que explorem "trabalho escravo" serão confiscados, sem direito à indenização para o proprietário, destinando-se os bens à reforma agrária. No inciso XXVI, do artigo 5º, prescreve-se a proteção à "pequena propriedade rural". No inciso I, do artigo 185, prescreve-se a impossibilidade de as pequenas e médias propriedades rurais serem desapropriadas para fins de reforma agrária. No artigo 189, prescreve-se que os beneficiários das ações de reforma agrária receberão títulos de propriedade ou de concessão de uso, os quais não serão passíveis de negociação por dez anos.

Sobre a propriedade urbana, a Constituição prescreve no inciso I, do artigo 156, a competência municipal para instituir o imposto fundiário sobre a propriedade urbana. No artigo 243, que os imóveis urbanos aplicados nas mencionadas atividades antijurídicas também serão confiscados, destinando-se estes bens aos "programas de habitação popular". No artigo 49, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, atribuiu-se ao legislador infraconstitucional a regulação da enfiteuse sobre imóveis públicos urbanos, garantindo-se aos beneficiários o direito à aquisição completa da propriedade, em conformidade aos respectivos contratos.

Ademais, como já se viu, a Constituição, no Capítulo sobre a Política Urbana, prescreveu que a função social da propriedade urbana é definida pelo plano diretor municipal. Dessa forma, a Constituição reenviou a matéria ao legislador infraconstitucional local, cuja discricionariedade legislativa está sujeita aos parâmetros constitucionais e demais leis aplicáveis à matéria, como, por exemplo, o Estatuto da Cidade[298]. Além disso, a Constituição

[297] Estes dispositivos e o inciso II e o parágrafo único, ambos do artigo 185 fundamentam a afirmação de que a Política Agrária e os textos jurídico-normativos a ela relacionados objetivam a produção de gêneros primários.
[298] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 315-316 e 400.

prescreveu os instrumentos para estimular os proprietários a cumprirem a função social. Outrossim, ela prescreveu a hipótese da usucapião especial de imóveis privados urbanos e da concessão especial de imóveis públicos urbanos – já que estes são insuscetíveis de serem adquiridos por usucapião.

Assim, comprova-se que a Constituição brasileira reconheceu a multiplicidade de regimes jurídicos proprietários. Ela definiu as linhas gerais dos diversos regimes jurídicos, considerando as especificidades relacionadas: aos sujeitos a quem se atribuirá o direito de propriedade; aos objetos materiais sobre os quais incidirão os citados direitos; os diversos interesses incidentes sobre os bens[299]. Estes aspectos gerais seriam, portanto, densificados pela legislação infraconstitucional, de forma que o regime jurídico aplicável a cada situação proprietária concreta demandaria a conjugação de diversos diplomas normativos[300].

Na formulação de cada uma destas leis, o legislador infraconstitucional deve observar a função social. Afinal, quando a Constituição trata da "propriedade" de forma genérica – no *caput* e inciso XXII, do artigo 5º, e no inciso II do artigo 170 – ela a vincula à "função social", conforme se verifica pelos incisos XXIII, do artigo 5º, e III, do artigo 170.

Logo, a investigação dos diversos regimes jurídicos proprietários perpassa a definição da função social, o que exige investigar os conteúdos constitucionais desta expressão. Este são, portanto, os objetos de análise a seguir.

2.3.1 A função social como determinadora da relação jurídica complexa de propriedade

A concepção monista do direito de propriedade produziu duas formas de se conceber a relação jurídica proprietária. A primeira concepção via o direito de propriedade como uma relação jurídica entre o proprietário e o imóvel. A segunda concepção, de certa forma, é uma variante da primeira, pois ela compreendia que a relação jurídica proprietária é estabelecida entre o proprietário e um sujeito passivo universal[301].

Dessa forma, a primeira concepção desconsiderava que as relações jurídicas proprietárias, enquanto espécies de relações sociais tuteladas pelo direito, exigiam que em cada

---

[299] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 10, 453-454, 506-507, 510 e 524-525.

[300] Em razão da multiplicidade de combinações seria impossível que uma única lei regulasse todos os aspectos objetivos e subjetivos relacionados a cada uma das diversas situações proprietárias.

[301] Para Perlingieri, este dever geral de abstenção e a passividade dos terceiros não proprietários se constituiria como o principal elemento caracterizador desta concepção. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 7.)

um de seus polos estivesse um sujeito de direito. Enquanto, a segunda atribuía ao proprietário, o direito de exercer suas prerrogativas da forma como entendesse melhor, sem considerar os impactos sobre os não-proprietários, os quais seriam titulares de um dever geral de abstenção[302].

Entretanto, a função social significou a real internalização do elemento relacional no regime jurídico proprietário[303]. De um lado, a função social, enquanto princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos imóveis urbanos, significa que as prerrogativas proprietárias são estabelecidas em razão de um fim que considera os interesses dos proprietários e os dos não-proprietários[304]. Lado outro, enquanto princípio da função social do imóvel urbano, ela exige que o exercício das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias realizem o direito à cidade e que o bem seja destinado, pragmaticamente, a uma atividade consonante a este elemento teleológico[305].

Ambas as versões do princípio da função social denotam que os não-proprietários são titulares de direitos oponíveis ao proprietário, como comprova o já comentado Recurso Especial n. 302.906/SP. Assim, se o proprietário pode opor-se a uma pluralidade de sujeitos que, contrariando o ordenamento jurídico, interfiram em suas prerrogativas, os não-

---

[302] Uma das razões para esta construção remonta a Locke e à sua compreensão da propriedade como a "propriedade que os homens têm sobre si mesmos, bem como de seus bens". Dessa forma, por um lado, a propriedade como expressão da personalidade/liberdade do proprietário somente poderia ser limitada pela propriedade/personalidade/liberdade de outros indivíduos. Por outro lado, os demais indivíduos deveriam se abster de interferir na propriedade alheia, sob o risco de macularem a personalidade/liberdade do proprietário. Neste sentido, Locke se aproximaria de Rousseau, ao reconhecer que o gérmen do Estado estaria na proteção da propriedade. (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 135 e 53; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours...*, p. 86; BOBBIO, Norberto. *Locke...*, p. 79, 188 e 192. Recorde-se, ainda, que a concepção socialista/comunista, ainda que fundada em outros pressupostos, também reconhece que a origem do Estado se vincularia a tutela da propriedade privada. Para uma síntese desta concepção, principalmente aquela expressa em "A origem da família, da propriedade privada e do Estado", de Friedrich Engels: VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 33-41.)

[303] Neste sentido, esta nova forma de se compreender o direito de propriedade agrega o elemento relacional e a valorização dos direitos fundamentais. Em última análise, portanto, ela se adequada ao que se denominou de "virada kantiana" do pós-Segunda Guerra Mundial: a tendência de revalorização da dignidade humana e, consequentemente, do próprio homem como elemento central da ordem jurídica. (DAMATTA, Roberto. *A casa...*, p. 43; MARSHALL, T. H.. *Op. cit.*, p. 22; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 5.)

[304] *Ibid.*, 453-454, 506-507, 510 e 524-525.

[305] Isabel Vaz reconhece este duplo caráter à função social, enquanto Miguel Nogueira de Brito, restringe esta amplitude. Para ele, a propriedade se caracterizaria como expressão da liberdade do proprietário, enquanto o princípio social se referiria à liberdade dos não-proprietários. Assim, embora a oposição entre ambas as ideias não seja irredutível, o autor parece privilegiar: o individualismo proprietário, ainda que abrandado; uma concepção de função social centrada no discurso de aplicação. No entanto, isto não o impede de reconhecer, por exemplo, que textos jurídico-normativos reguladores da atividade edilícia conformam as prerrogativas do proprietário. (*Ibid*., p. 328-332; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 60-61 e 67.)
O Código Civil brasileiro privilegiou somente o segundo sentido da função social. Isto pode ser comprovado pelo §1º, do artigo 1228, que prescreve: "Art. 1.228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º – O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

proprietários também podem exigir que o proprietário exerça suas prerrogativas e destine o imóvel a um fim juridicamente adequado[306].

Logo, a oponibilidade *erga omnes* – o dever de abstenção dos não-proprietários – apresenta-se como uma das faces da relação jurídica proprietária. A outra face é o direito dos não-proprietários exigirem que o proprietário se abstenha de determinadas condutas, ou que realize determinados atos comissivos. Neste sentido, a propriedade se apresenta como uma relação jurídica complexa, que, segundo Francisco Eduardo Loureiro, "reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não-proprietários"[307].

Os bens materiais em geral – e os imóveis urbanos, em específico – seriam centros de interesses sobre os quais recairiam inúmeras relações jurídicas. Logo, o direito subjetivo do proprietário seria um entre os vários direitos que incidem sobre aquele bem, o que demonstra a infinidade de interesses envolvidos[308] e a inexistência de subordinação entre esses interesses.

Segundo Caio Farah Rodrigues, esta nova compreensão do direito de propriedade salientaria a mutabilidade e historicidade do Direito. Ela possibilitaria que se relativizasse a configuração oitocentista do direito de propriedade, para vinculá-lo a outras liberdades que não somente a autonomia do proprietário[309].

---

[306] Assim, os conflitos entre os interesses dos proprietários e o dos não-proprietários não se resume à pretensão destes possuírem as mesmas prerrogativas dos primeiros. Estes conflitos abarcam, também, as situações dos sujeitos que não querem medir todas as relações jurídicas a partir da técnica proprietária, como evidenciaria, por exemplo, os casos relacionados à defesa do patrimônio histórico. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 34.)

[307] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43. No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 7.
Em sentido oposto, Pugliatti afirma que todos os direitos podem ser pensados a partir das relações jurídicas e que todos os direitos envolvem uma série de faculdades atribuídas aos seus titulares. Todavia, nesta construção, Pugliatti não salienta as prerrogativas dos não-proprietários, pois, para ele, o "dever" de exercício das prerrogativas proprietárias seria imposto em razão do Estado. (PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 131 e 45.)

[308] Pensando-se dessa forma, poder-se-ia argumentar que haveria uma indeterminação dos sujeitos. Todavia, esta indeterminação não é diferente do que a encontrada entre os autores que reconhecem que o direito de propriedade tem oponibilidade *erga omnes*. Ademais, segundo Loureiro, a indefinição quanto aos sujeitos somente ocorreria *in abstracto*, pois, uma vez ocorrida mácula ao interesse de qualquer das partes, a indefinição daria lugar à determinação dos sujeitos. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 47.)

[309] Assim, a configuração liberal do direito de propriedade teria privilegiado somente a autonomia privada, para demonstrar que o proprietário não estaria submetido ao arbítrio estatal. Contudo, a ênfase neste aspecto, em detrimento do elemento relacional, não mais se justificaria, face à inserção da função social. (RODRIGUEZ, Caio Farah. Propriedade: uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. In: BITTAR, Eduardo C.B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org.). *Temas de filosofia de direito*: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004. p. 205-219. No mesmo sentido: FERNANDES, Edésio. Do código civil de 1916 ao estatuto da cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 38.)
No mesmo sentido, Rogério Gesta Leal afirmou que: "Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento; assim, o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como uma mônada no âmbito do tecido social em

Esta identificação do direito de propriedade como uma relação jurídica complexa composta por um feixe de direitos, deveres e interesses pertencentes a diversos sujeitos significa que cada um destes elementos pode ser "desagregado e atribuído a diversos titulares"[310]. Isto denota que estes elementos possuem um grau de autonomia.

Estas duas ilações se justificam pela forma como a Constituição de 1988 inseriu a função social nos artigos 5º e 170. Em ambos os artigos, a função social está prescrita no inciso subsequente àquele que prescreve o direito de propriedade, o que significa que ela é uma garantia para o proprietário, mas, também, para os não-proprietários. Assim, ela protege o proprietário contra as investidas do Estado e dos demais sujeitos contra o seu direito, já que se presumiria que o proprietário exerce suas prerrogativas em consonância à função social[311]. Contudo, a função social também é um direito – fundamental de cada um dos indivíduos e um direito constitucionalmente garantido das pessoas jurídicas – que possibilita aos não-proprietários exigirem do proprietário o cumprimento da função social.

Ademais, os direitos e deveres relacionados à propriedade e a possibilidade de sua desagregação e atribuição a sujeitos diversos deixa de ser justificado pela elasticidade. Eles passam a ser justificados pela função social, a qual se apresenta como ponto de interseção entre os elementos que compõem o direito de propriedade. Afinal, é ela que determina cada um destes elementos e, consequentemente, os múltiplos regimes jurídicos proprietários dotados de diferenças que lhes garantem um certo grau de autonomia[312].

---

que opera, mas, ao contrário, revelando-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como um fato/ato jurídico, proveniente muito mais de correlações de forças sociais – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo". (LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.)

[310] RODRIGUEZ, Caio Farah. *Op. cit.*, p. 215. No mesmo sentido: RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 41.

[311] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 63-64.

[312] LUCARELLI, Franceso. *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici.* Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1990. p. 203-211. Em sentido semelhante, Francisco Eduardo Loureiro afirmou que: "No direito moderno, diversas são as hipóteses e *fattisspecie* de propriedade. Basta lembrar as distinções entre a propriedade de bens de produção, de empresa de interesse nacional, de propriedade pessoal, de propriedade comunitária, de propriedade cooperativa. Os direitos de gozar e dispor do bem já não são suficientes para dar homogeneidade ao instituto. Não se pode esquecer a vedação de dispor imposta a determinadas categorias, como, por exemplo, o beneficiário de gleba de reforma agrária. Ou a limitação ao gozo da coisa, como imposta ao proprietário de imóvel em área de severa proteção ambiental. Nem por isso se questiona se ambos são proprietários. O que hoje se sublinha não são as coincidências, mas sim as diferenças entre as diversas categorias proprietárias". (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 59.)
No mesmo sentido, mas abordando o caso brasileiro, Edésio Fernandes afirmou que, no Direito brasileiro, a noção liberal do Código Civil de 1916 foi tão "profundamente modificada", que se afirmar a existência de um conceito unitário do direito de propriedade seria uma inverdade. Segundo ele, no ordenamento brasileiro existem inúmeras formas do direito de propriedade, quais sejam: "imóvel, móvel, pública, privada, rural, urbana, intelectual, financeira, industrial, etc. –, bem como são diversas as relações sociais estabelecidas em torno delas, sendo que cada forma específica tem sido tratada pela ordem jurídica de maneira diferente". (FERNANDES, Edésio. *Do código...*, p. 38.)

Este certo grau de autonomia está, portanto, no cerne da expressão relação jurídica complexa. Ele significa que os objetos materiais do direito de propriedade, as prerrogativas proprietárias e os demais direitos e deveres relacionados se sujeitarão a textos jurídico-normativos provenientes dos mais diversos ramos do Direito.

Esta afirmação pode ser comprovada, a partir da análise do regime federativo e da distribuição de competências constitucionais. Conforme o inciso I, do artigo 22, compete à União legislar privativamente sobre Direito Civil, o que inclui os direitos reais. Isto significa que as formas de aquisição e transmissão de imóveis particulares, e os demais aspectos atinentes às relações interindividuais envolvendo os objetos da relação jurídica de propriedade privada se regulam pelo Código Civil.

Em razão do regime federativo, todos os Entes Federados têm competência para legislar sobre Direito Administrativo. Assim, todos os Entes Federados podem criar, dentro de sua esfera de competências, textos jurídico-normativos que, para realizar um interesse público específico, impactem no direito de propriedade. Este é o caso, por exemplo, das manifestações do dever-poder de polícia que restringem o exercício das prerrogativas proprietárias.

Porém, o elemento especificador do regime jurídico é a função social, a qual é definida a partir de elementos teleológicos inerentes a outros ramos do Direito, como é o caso do Direito Urbanístico. Neste caso, a conformação do direito de propriedade se vincula à realização do direito à cidade. Este define: a extensão das prerrogativas proprietárias; os direitos e deveres dos diversos sujeitos da relação jurídica; os fins públicos específicos que serão realizados pela Administração Pública, como, por exemplo, o dever-poder de polícia[313].

Estas considerações apontam a necessidade de se analisar o conteúdo da função social da propriedade, conforme ele se apresenta na Constituição brasileira. Este é, portanto, o elemento central da exposição a seguir.

---

[313] "O regime jurídico da propriedade urbana tem seu lado civil, como tem seu lado administrativo e tributário. Aquele, no entanto, só diz respeito às relações civis do direito de propriedade, geram, como vimos, um direito subjetivo do proprietário em face das demais pessoas, que têm o dever de respeitar a situação jurídica subjetiva ativa (da vantagem) do proprietário. É nesse âmbito que interferem as disposições sobre a propriedade contidas na legislação civil, inclusive as limitações de direito privado". (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 80. No mesmo sentido: RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 252; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 66.)

2.3.2 Os conteúdos jurídicos da função social: uma análise a partir do discurso jurídico

A Constituição brasileira prescrever, textualmente, o princípio da função social. Entretanto, para se compreender quais são os conteúdos da função social e o seu papel na determinação dos diversos regimes proprietários brasileiros e, em especial, da propriedade urbana, deve-se analisar o significado desta expressão. Exige-se, portanto: escandir a expressão nos dois vocábulos que a formam e, assim, analisar os sentidos atribuídos a cada um deles no Texto Constitucional; investigar o sentido atribuído à expressão inteira[314].

O vocábulo "função", quando dissociado do vocábulo "social", é empregado pela Constituição brasileira em dois sentidos. O primeiro sentido designa o conjunto de atribuições – poderes e deveres – que caracterizam uma determinada atividade. Este é o sentido do inciso XXX, do artigo 7º, em que o vocábulo se identifica às atividades laborais particulares[315]. Este, também, é o caso do inciso I e do §10, do artigo 37, em que o vocábulo se refere à função pública – isto é, o "conjunto de direitos, obrigações e atribuições dos servidores estatais, no desempenho de seu *munus* público"[316] – e aos diversos aspectos relacionados ao conjunto de textos jurídico-normativos relacionados a esta matéria[317]. No *caput* do artigo 174, em que ele é empregado para se referir ao exercício das funções administrativas. No inciso XI, do artigo 29, em que se refere aos Poderes do Estado[318].

---

[314] Neste sentido, adotam-se, novamente, os pressupostos metodológicos empregados para definir o conteúdo do interesse público e do direito à cidade. Ademais, recorde-se que estes postulados foram adotados por Rodotà para definir o significado da função social da propriedade na Constituição Italiana. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit*., p. 202.)

[315] Prescreve o inciso XXX, do artigo 7º, da Constituição da República: " Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".

[316] COSTA, Igor Sporch da. *A natureza...*, p. 296.

[317] Prescrevem o inciso I e o §10, ambos do artigo 37, da Constituição: "Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (...) §10 – É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração".

[318] Prescrevem o *caput* do artigo 174 e o inciso XI, do artigo 29, ambos da Constituição da República: "Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Art. 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XI – organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal".

O segundo sentido do vocábulo "função" – isoladamente – designa uma ou diversas determinações, estabelecidas em razão de um objetivo. No inciso I, do §3º, do artigo 153, e no inciso III, do§2º, do artigo 155, ambos da Constituição[319], em que a expressão "em função" significa "em razão" – isto é, ele designa a justificativa para os comandos contidos em ambos os dispositivos. No inciso VII, do §1º, do artigo 225, em que a palavra "função" significa "finalidade" ou "utilidade"[320].

O vocábulo "social", por sua vez, é empregado pela Constituição em três sentidos não excludentes, todos eles designando um atributo conferido a alguma coisa. No primeiro, ele se apresenta como um designativo que se refere à sociedade como um todo, como se verifica, por exemplo, no parágrafo único, do artigo 4º, ou no inciso LX, do artigo 5º, da Constituição[321].

No segundo, ele se refere à parcela hipossuficiente da sociedade. Neste caso, o vocábulo designa o objetivo de corrigir a desigualdade de oportunidades, como se verifica, por exemplo, no *caput* do artigo 7º, do Texto Constitucional[322].

No terceiro sentido, ele se refere aos direitos fundamentais de segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais. Isto pode ser verificado, por exemplo: no Capítulo II, do Título II – "Dos Direitos Sociais"; no Título VIII – "Da Ordem Social"; ou no artigo 6º, todos da Constituição[323].

---

[319] Prescrevem o IV, do *caput* do artigo 153, e o inciso I, do §3º, do mesmo artigo constitucional: "Art. 153 – Compete à União instituir impostos sobre: (...) IV – produtos industrializados; (...) §3º – O imposto previsto no inciso IV: I – será seletivo, em função da essencialidade do produto". Prescrevem o inciso II, do *caput* do artigo 155, e o inciso III, do §2º, do mesmo artigo constitucional: "Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...) §2º – O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços".

[320] Prescreve o inciso VII, do §1º, do artigo 225, da Constituição: "Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

[321] Prescrevem o parágrafo único, do artigo 4º, e o inciso LX, do artigo 5º, todos da Constituição da República: "Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) Parágrafo único – A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

[322] Prescreve o *caput* do artigo 7º, da Constituição: "Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

[323] Prescreve o artigo 6º, da Constituição da República: "Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Estes três sentidos do vocábulo "social" não são excludentes. Eles se relacionam à realização da igualdade em seu sentido material. Esta nova feição da igualdade, surgida no período do Estado de Bem-Estar Social, objetiva realizar a distribuição equitativa dos diversos bens e oportunidades sociais, nos termos apresentados por Marshall e Amartya Sen.

A junção dos dois vocábulos permite, assim, atribuir à expressão "função social" dois sentidos. Pelo primeiro, os diversos atributos de um dado direito seriam determinados em benefício do grupamento social. Pelo segundo, o exercício deste direito – e, consequentemente, o objeto material sobre o qual ele incide – deve beneficiar este mesmo grupamento, o que exige a conjugação de benefícios ao titular do direito e aos demais indivíduos[324].

Ambas as possibilidades estão em consonância aos três sentidos que a expressão "função social" é empregada pelo Texto Constitucional. No primeiro, conforme se mencionou, ela se refere à propriedade em geral, nos termos prescritos pelos já citados incisos XXIII, do artigo 5º, e III, do artigo 170. No segundo, ela é empregada, no *caput*, do artigo 182, para designar as "funções sociais da cidade", hipótese em que seu significado se aproxima ao de "direito à cidade".

No terceiro, ela se refere a bens ou atividades específicas. No inciso I, do §1º, do artigo 173, ela se refere à finalidade e à atuação das empresas estatais. Neste sentido, a função social não se restringe à questão fundiária, mas alcança diversos institutos jurídicos como as empresas e os contratos, sejam eles públicos ou privados[325].

No §2º, do artigo 182, no *caput*, do artigo 184, no parágrafo único, do artigo 185 e no artigo 186, a expressão se refere à propriedade fundiária. No caso do primeiro dispositivo, refere-se à propriedade sobre imóveis urbanos, e nos demais artigos à propriedade sobre imóveis rurais.

Dessa forma, a Constituição reuniu sob a expressão "função social" os dois elementos que compõem a construção teórica católica sobre a propriedade: a "destinação

---

[324] Este é o sentido que José Diniz de Moraes, citado por Jacques Távora Alfonsin reconhece como o mais adequado para a palavra função, neste contexto. Segundo ele, função relaciona-se à "satisfação de uma necessidade. Toda necessidade pressupõe uma relação entre ela e um bem apto a satisfazê-la (interesse), na esfera jurídica de um sujeito (pertinência)". (MORAES, José Diniz de. *apud* ALFONSIN, Jacques Távora. Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo estatuto da cidade. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 63.)

[325] Prescreve o inciso I, do §1º, do artigo 173, da Constituição da República: "Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º – A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade".

universal dos bens" e a "função social". Ademais, tem-se que a Constituição brasileira se aproximou, também, da construção teórica italiana quanto à identificação da função social como uma densificação do interesse público[326].

Em consonância à Pugliatti, o Texto de 1988, não somente se valeu de uma fórmula genérica, como apresentada nos incisos XXIII, do artigo 5º, III, do artigo 170. A Constituição adotou, também, uma vinculação específica entre a função social particular a cada uma das espécies de bens imóveis[327].

Segundo Perlingieri, a Constituição reconheceu que a função social é um elemento interno ao direito de propriedade e que este elemento define o regime jurídico proprietário. Esta definição envolve a determinação dos sujeitos que podem figurar como proprietários de cada uma das espécies de bens, os casos de perda deste direito e a extensão das prerrogativas proprietárias. A Constituição reconheceu, também, que o cumprimento da função social deve ser apurado pragmaticamente, mediante a análise do exercício das prerrogativas proprietárias e da destinação conferida aos bens.

No mesmo sentido de Rodotà, o Texto Constitucional atribuiu à função social um caráter fundante do regime jurídico proprietário. Assim, a sua verificação demandaria uma investigação do ordenamento constitucional e dos diversos ramos do Direito que contivessem prescrições diretas ou indiretas sobre cada situação jurídica proprietária. Além disso, ela teria um papel estrutural na conformação do direito de propriedade que ultrapassa as restrições ao seu exercício. Ela legitimaria o direito de propriedade no atual estágio do modo de produção capitalista[328] e possibilitaria o controle jurisdicional e administrativo sobre a vinculação dos bens ao cumprimento do interesse público.

Todos estes argumentos permitem afirmar, portanto, que a função social urbana é uma densificação do direito à cidade – e, consequentemente, do interesse público. No discurso de justificação, ela se apresentará como princípio da conformação do regime jurídico aplicável

---

[326] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio...*, p. 97.

[327] Para Francisco Eduardo Loureiro, a fórmula genérica da função social indicaria que nenhum bem está isento de atender a uma determinada função social, o que alcançaria, os bens de consumo. Eles atenderiam a uma necessidade do homem, contribuindo à realização da dignidade humana. Isto, contudo, não significaria que a função social conformaria a propriedade sobre todos os bens da mesma forma, ou que atribuiria a todos eles uma mesma finalidade específica. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 125-127.)

[328] MARSHALL, T. H.. *Op. cit.*, p. 79. Isto denota, portanto, que a função social é um dos mecanismos responsáveis pela aliança das diversas pretensões contraditórias que se fizeram presentes durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Neste sentido, conforme recorda Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a função social foi inserida na Constituição de 1988, como uma fórmula para corrigir as distorções próprias do liberalismo/capitalismo. Afinal, "[...] a compreensão de 'bem-estar social' não exclui em todo e em abstrato a compreensão 'liberal'". (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, (Nova Fase), Belo Horizonte, n. 38, p. 197-210, 2000. p. 202.)

aos imóveis urbanos[329] e, no discurso de aplicação, ela será o princípio da função social do imóvel urbano[330]. Assim, no primeiro caso, ela é empregada pelo legislador para conformar o direito de propriedade – delinear o seu regime jurídico – razão pela qual, pode-se afirmar que ela sustenta a multiplicidade de regimes jurídicos proprietários.

No segundo caso, por sua vez, ela funciona como instrumento de controle sobre o exercício das diversas prerrogativas atinentes a um determinado imóvel, de forma a investigar se o mesmo está em consonância à realização fática do citado escopo[331]. Assim, a função social não se restringira a prescrever que o bem deve se destinar a uma dada finalidade pública genérica. Ela indicaria, em alguns casos, quais são, especificamente, as diversas possibilidades de destinações daquele bem, cabendo ao proprietário realizar uma delas. Em outras hipóteses, porém, ela indicaria quais são as destinações que não podem ser atribuídas ao imóvel, o que significa que o proprietário deve se abster de realizá-las[332].

Enfim, a função social se apresenta como elemento supremo na definição do regime jurídico incidente sobre os imóveis urbanos. Ela é suprema, pois, sem desconsiderar os interesses dos proprietários e dos não-proprietários, a função social define o regime jurídico proprietário aplicável a cada um dos diversos imóveis urbanos[333]. Ela, também, não admite transação, pois, além de densificar o direito à cidade – expressão da dignidade humana – ela

---

[329] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 125.

[330] Esta dupla forma de compreensão do princípio afasta, portanto, as críticas de Rodotà, para quem a expressão "função social do imóvel" escamoteia que a destinação do bem depende de uma decisão do proprietário. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 248-249 e 413.) Ela afasta, outrossim, parte das críticas segundo as quais, falar que o Direito objetiva realizar o interesse público geral – e a função social, enquanto interesse público específico – seria desnecessário em razão de sua obviedade. Afinal, conforme se percebe pela construção, a explicitação desta vinculação objetiva demonstrar: como o interesse público/função social se apresenta no Direito; como o Direito realiza o interesse público/função social, mediante o abandono da lógica egoística que caracteriza o individualismo proprietário. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 125.)

[331] Assim, conforme Regina Helena Costa, citando Celso Bastos e Carlos Ary Sundfeld, o direito de propriedade estaria condicionado a dois fatores independentes: a aquisição do imóvel de forma legítima; e o constante exercício do direito de propriedade de forma condizente com o interesse público. Este segundo fator não extingue as prerrogativas proprietárias, mas determina-lhes uma finalidade, em consonância, portanto, à concepção de Duguit. (BASTOS, Celso; SUNDFELD, Carlos Ary *apud* COSTA, Regina Helena. Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). *Temas de direito urbanístico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 111-115.)

[332] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 109 e 142-144; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 125 e 133-135; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 24, 207-208 e 328-330; RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 59; COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 83-84; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 93-94.

[333] "Assim, podemos dizer que a função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e o privado, no qual este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena do urbanismo e do equilíbrio das relações da cidade. Por certo que tais dispositivos, que interferem completamente no uso da propriedade, atingirão o seu conteúdo econômico, já que a função social determina o direito do proprietário no uso e na disposição de sua propriedade dispondo seu rendimento possível. Esta interferência no conteúdo econômico faz com que, muitas vezes, os proprietários de grandes espaços urbanos dificultem a ação do Estado nesta reorganização urbana voltada para o social". (DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004. p. 48.)

está inscrita como um direito fundamental – inciso XXIII – no rol do artigo 5º, da Constituição[334].

Durante o discurso de aplicação, a função social é o resultado do processo de concretização que produz a norma de decisão para o caso específico. Assim, o número de pretensões e direitos em tensão se apresenta mais reduzido do que quando se considera o direito à cidade em sua inteireza. As possibilidades de preenchimento semântico, por sua vez, referir-se-ão aos aspectos atinentes ao imóvel em questão: ao exercício das diversas prerrogativas e interesses incidentes sobre ele; à verificação de qual delas realiza o direito à cidade[335]. Ademais, ela se apresenta mutável em relação às especificidades do caso e às alterações da realidade, o que indica o grau de variabilidade do processo de produção de normas de decisão[336].

Além disso, enquanto resultado do processo de concretização em um determinado caso, a função social é suprema, pois, ela é superior aos elementos que compõem este caso. Ela também é indisponível, na medida em que é a solução ao caso, o que não excluiu a possibilidade de o processo decisório se fundar na concertação, cujo resultado será o sentido da função social para aquele dado caso concreto.

Não obstante estes argumentos demonstrem, no plano deôntico, a aplicabilidade da função social urbana e as formas de aferir o seu conteúdo jurídico, Liana Portilho Mattos[337] afirma que, no plano pragmático, a função social é, continuamente, desrespeitada. Em razão dos elementos disfuncionais da esfera pública brasileira, o individualismo proprietário

---

[334] Afirmar que os textos jurídico-normativos são produzidos por um sistema de concertação não descaracteriza a indisponibilidade da função social, uma vez que, as negociações que caracterizam a concertação ocorrem na fase de produção do texto jurídico-normativo. Logo, a definição da função social é o resultado do processo legislativo e, neste sentido, ela se apresenta indisponível. Por esta mesma razão, a mutabilidade não descaracteriza este elemento, uma vez que ela exigirá, também, a produção de novo texto jurídico-normativo que deve guardar relação de pertinência com o direito à cidade.

[335] Embora, o número de variáveis a serem analisadas seja menor, isto não significa que o processo decisório não se caracterizará pela complexidade. Em todos os casos, a pluralidade de significados possíveis e a multiplicidade de interesses se relaciona à heterogeneidade que caracteriza os sistemas democráticos atuais e, por conseguinte, à determinação do interesse público – em sua acepção geral, ou em suas densificações. (MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 277.)

[336] Tenha-se, por exemplo, o caso da desapropriação para fins urbanísticos, prescrita no §3º, do artigo 182, da Constituição. Esta modalidade de desapropriação não se aplica ao caso de desrespeito da função social pelo proprietário, mas pela modificação do substrato fático que exige que o imóvel seja transferido ao Município para a realização do direito à cidade. O suporte fático da realidade alterou-se e, com isso, a função social daquele bem específico também cambiou e, assim, as atividades exercidas pelo particular naquele imóvel se tornaram dissonantes à função social específica deste bem. Neste caso, o Município deve realizar a desapropriação do imóvel – que no caso se apresentaria o mais adequado para a instalação de dado equipamento ou serviço público – sob pena de o Ente Público descumprir o direito à cidade.

[337] MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003. p. 88-103.

permanece como um elemento importante no discurso de justificação de vários textos jurídico-urbanísticos municipais[338].

Ademais, estes mesmos elementos disfuncionais criam óbices à exigibilidade da função social durante o discurso de aplicação. Neste aspecto, a autora afirma que a função social é continuamente identificada como um princípio constitucional desprovido de juridicidade, uma determinação de caráter programático e um conceito jurídico indeterminado.

No que se refere à primeira identificação, a função social indicaria "um ideal de justiça, cuja eficácia se restringiria a uma dimensão 'ético-valorativa' do Direito". Consequentemente, ela apresentaria somente um caráter subsidiário, que, impossibilitaria a sua utilização como parâmetro de controle de condutas ou de adequação dos textos jurídico-normativos à realização do direito à cidade[339].

A segunda identificação, ao atribuir à função social um caráter programático tradicional[340], destitui-lhe de qualquer espécie de eficácia normativa, inclusive a interpretativa e a negativa de retrocesso. Assim, há a fragilização dos direitos fundamentais de expressão

---

[338] Isto contribui para a permanência, em uma certa medida, de uma concepção jusnaturalista do direito de propriedade, cuja consequência é um certo enfraquecimento da função social. Ela não é totalmente aceita como um elemento definidor das prerrogativas proprietárias e um mecanismo comprobatório da conexão estrutural entre interesses público e privado. Na verdade, muitas vezes, ela é vista como um mecanismo de harmonização entre um interesse estranho – o interesse público – e o interesse sempre legítimo do proprietário. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 303-304.)

[339] Esta primeira identificação atribui exegeses distintas para situações que se sustentam sobre o mesmo fundamento. Segundo Pugliatti, cada um dos direitos existentes no ordenamento jurídico é uma projeção da personalidade, pois: eles são concebidos em referência a uma pessoa; as pessoas podem ser consideradas a partir do exercício de seus direitos. (PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 129.)
Assim, se o direito de propriedade é um reflexo da personalidade do proprietário, os direitos dos não-proprietários – decorrentes da função social – refletem a personalidade destes atores. De forma idêntica, se o proprietário pode ser considerado a partir do exercício dos poderes proprietários, os não-proprietários também podem ser considerados a partir do exercício das prerrogativas não-proprietárias – por exemplo, a de exigir o cumprimento da função social. Contudo, ao se restringir a função social a sua feição valorativa, tem-se que, juridicamente, estabelece-se uma hierarquização entre estes atores, atribuindo-se aos não-proprietários um *status* inferior.

[340] "A crença nesse argumento decorre sobretudo do fato de a função social da propriedade ser um princípio constitucional e, desse modo, frequentemente sujeito a intelecções segundo as quais a sua natureza se equivaleria a de uma máxima diretiva de um comportamento ou de um programa de ação, mas destituída de força normativa. Embora num primeiro momento muitos autores tenham identificado nos princípios constitucionais esse perfil (...), fácil é constatar que a defesa dessa identidade só tinha justificativa quando empreendida naquela primeira fase jusnaturalista do estudo dos princípios constitucionais". (MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade...*, p. 96. Em sentido aproximado, Duguit salientou a difusão desta identificação jusnaturalista, segundo a qual: a lei não poderia obstaculizar o exercício do direito de propriedade; a lei somente poderia coibir ações prejudiciais à sociedade. Para mais informações: DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 16-17. No mesmo sentido de Duguit, mas, criticando especificamente a concepção jusnaturalista do direito de propriedade, veja-se Miguel Nogueira de Brito. Para ele a propriedade não seria um direito natural porque ela não é um atributo natural do homem, mas uma criação jurídica, cujos contornos são definidos pelo legislador. Para mais informações: BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 32, 62 e 94.)

espacial urbana, como, por exemplo, o direito de o ocupante de boa-fé manter-se na posse do imóvel – ou ter reconhecida sua pretensão de usucapião[341].

Enfim, há a identificação da função social como um conceito jurídico indeterminado e que, portanto, geraria insegurança jurídica. Porém, esta identificação desconsidera toda a construção doutrinária sobre o preenchimento semântico desta espécie de conceitos jurídicos. Ademais, ela contraria toda a demonstração acima desenvolvida sobre o conteúdo jurídico da expressão e as formas de operacionaliza-la no discurso jurídico[342].

Todos estes argumentos se sustentam, portanto, na vagueza – indeterminação – da função social incidente no direito de propriedade sobre imóveis urbanos[343]. No entanto, ao se analisar a propriedade rural estas críticas deveriam desaparecer, pois, o ordenamento jurídico brasileiro prescreve parâmetros precisos à aferição da função social destes imóveis.

O já citado artigo 186, prescreve que a função social depende do "aproveitamento racional e adequado" da terra, do respeito às prescrições ambientais e trabalhistas e de uma exploração que favoreça "proprietários e trabalhadores". A legislação infraconstitucional prescreve mecanismos de quantificação matemática dos graus "de utilização da terra" e de "eficiência na exploração", os quais são apurados anualmente no momento de pagamento do tributo fundiário federal. Além disso, a legislação infraconstitucional prescreve, também, os regimes laborais e de preservação ambiental aplicáveis.

Todavia, a função social agrária também continua sendo desrespeitada. Existem inúmeras propriedades improdutivas – sejam elas pequenas propriedades rurais ou latifúndios. Mantêm-se casos de trabalhadores reduzidos às condições análogas às dos escravos e são frequentes as denúncias de degradação ambiental, como por exemplo, mediante o desmatamento.

Logo, a questão da inaplicabilidade não decorre da indeterminação da função social ou de dúvidas quanto ao seu conteúdo normativo, mas, de uma opção deliberada por não se

---

[341] Neste sentido, veja-se o caso da usucapião coletiva, conforme apresentado em: FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. A usucapião especial urbana coletiva vista pelos tribunais: apontamentos jurisprudenciais sobre os óbices e as possibilidades do instrumento para a concretização do princípio da função social do imóvel urbano. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 102, vol. 928. p. 101-184, fev. 2013.

[342] Neste sentido, João Lopes Guimarães Júnior afirmou que somente expedientes exegéticos que considerem o elemento sistemático são aptos a definir a função social. Segundo ele, ao se investigar o ordenamento jurídico positivo se ultrapassa a tese que objetiva afirmar que a Constituição adotou uma expressão de extrema vagueza e que, portanto, seria desprovida de conteúdo jurídico. (GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 8. p. 163-170, jan./mar. 2003. p. 118.)

[343] Os citados argumentos demonstram, assim, que os óbices à função social se apresentam nos discursos de justificação e no de aplicação, mas, principalmente no último. Afinal, no discurso de aplicação podem-se empregar mecanismos exegéticos que afastam interpretações ou textos jurídico-normativos que consubstanciam a função social, para privilegiar o individualismo proprietário. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 125; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 325.)

reconhecer a sua juridicidade. Isto é, uma opção que escamoteia a relação de densificação entre o interesse público, o direito à cidade e a função social. Ao fazê-lo, estes argumentos contribuem para a não realização destes escopos e para a manutenção das situações de concentração de terras urbanas, da especulação imobiliária e da produção da "cidade ilegal".

Apesar destas críticas, faz-se necessário aprofundar alguns elementos relacionados à determinação das prerrogativas proprietárias pela função social. Este é, portanto, o objeto da próxima seção.

2.3.3 A função social urbana como elemento definidor das prerrogativas proprietárias

Tradicionalmente, no Brasil, reconheceu-se a função social como uma emanação do dever-poder de polícia administrativa. Ela produziria uma série de restrições externas ao direito de propriedade, notadamente, ao seu exercício, razão pela qual seus impactos se restringiriam ao *ius utendi*.

Porém, um dos efeitos da desobstrução dos canais democráticos, durante a redemocratização, foi a intensificação dos debates populares envolvendo a função social e da produção teórica sobre este tema. Esta intensificação resultou na inserção da função social na Constituição, reconhecendo-a como elemento definidor do regime jurídico proprietário. Ademais, houve o desenvolvimento da legislação e da jurisprudência sobre o tema, embora, em ambos os casos, este desenvolvimento se sujeite a ritmos diversos.

Este caráter definidor da função social significa que o ordenamento jurídico brasileiro se filia à concepção pluralista de regimes jurídicos proprietários. A análise deste caráter face o regime brasileiro de distribuição de competências permite afirmar que a criação de textos jurídico-normativos federais sobre diversos temas – como, por exemplo, o regime dos contratos – produzirá efeitos nos regimes jurídicos proprietários específicos.

No mesmo sentido, cada Município, ao criar suas leis de Direito Urbanístico, também criará regimes jurídicos proprietários diversos. Afinal, os parâmetros definidos nestas leis, ao variarem, conformarão prerrogativas proprietárias em extensões diferentes e, consequentemente, elas atribuirão possibilidades distintas ao proprietário. Por exemplo, o

zoneamento urbano atribui a uma determinada zona uma área mínima de lote, a qual é diferente de outras zonas, o que interfere nas prerrogativas de parcelamento do solo[344].

Em síntese, portanto, a função social urbana não extingue as prerrogativas proprietárias, mas, atribui-lhes nuances e regramentos próprios. Neste sentido, como se depreende do exemplo acima, os textos jurídico-normativos municipais definem as prerrogativas de uso do imóvel – *ius utendi*.

Por exemplo, os índices e parâmetros urbanísticos determinam o que pode ser construído em cada zona em que está dividido o território municipal. As possibilidades de uso do imóvel e, consequentemente, as atividades que poderão ser realizadas neles são definidas pela legislação urbanística municipal.

As possibilidades de percepção dos frutos naturais e civis produzidos pelo imóvel também são impactadas pela função social. Para Perlingieri, as leis que regulam os contratos de locação urbana em razão da função social ilustram os impactos sobre o *ius fruendi*, pois, estas leis definem as datas e índices de revisão dos valores dos alugueis. Assim, o congelamento dos alugueis instituído pela União, na primeira metade da década de 1960, é uma ilustração destes impactos, pois, esta medida foi instituída como uma tentativa para enfrentar a questão urbana.

Neste mesmo sentido, os programas e medidas municipais de fomento à locação a preços acessíveis teriam seu fundamento na função social e na sua capacidade de determinar o *ius fruendi*[345]. Além disso, também as leis municipais sobre uso e ocupação do solo e sobre os horários de funcionamento do comércio impactam na percepção dos frutos. Elas determinam, ainda que indiretamente, os resultados das atividades realizadas nestes imóveis.

O *ius abutendi*, enquanto o poder do proprietário excluir o direito sobre o bem do seu patrimônio jurídico, também é determinado pelo interesse público densificado na função

---

[344] Há, assim, uma intensa produção de múltiplos regimes jurídicos proprietários, a qual pode ser percebida pela exegese conjunta da função social e do regime de repartição de competências. Cada Ente Federado, ao criar as leis especiais de sua competência, contribuirá para a criação de elementos específicos que particularizarão as diversas situações proprietárias. Os Municípios, em especial, ao criarem as leis urbanísticas, notadamente o zoneamento e a lei de uso e ocupação do solo, contribuirão para formar em seu território regimes jurídicos específicos para cada espécie de proprietário e para cada um dos imóveis.
Assim, a definição do conjunto de regras aplicáveis a cada um deles decorre da junção de três conjuntos de elementos. O primeiro conjunto abrange os elementos normativos que estão presentes nas citadas leis urbanísticas. O segundo grupo abarca as características específicas dos proprietários, como por exemplo, sua natureza jurídica, a renda do proprietário, se a propriedade for individual etc. Enfim, o terceiro conjunto se refere aos elementos fáticos e físicos atinentes aos imóveis, como por exemplo, a sua localização, a sua dimensão etc. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 15.)

[345] Paulo Cesar Xavier Pereira, ao analisar a questão habitacional em São Paulo, fornece um exemplo destes programas. Segundo ele, no início do século XX, o Município de São Paulo criou diversas isenções fiscais aos proprietários que alugassem seus imóveis por preços menos onerosos do que aqueles encontrados no mercado. (PEREIRA, Paulo Cesar Xavier. *São Paulo*: a construção da cidade – 1872-1914. São Carlos: RiMa, 2004. p. 143-159.)

social[346]. Isto pode ser comprovado, por exemplo, nos artigos 25 a 27, do Estatuto da Cidade, os quais prescrevem o direito de preempção[347].

A prerrogativa de reivindicar que compõe o direito de propriedade sobre imóveis urbanos também é determinada pela função social, como comprova a usucapião. Esta exegese já era possível desde o Código Civil de 1916, porém, a partir de 1988 ela se tornou mais evidente como comprovam, por exemplo, a Constituição e o Estatuto da Cidade.

O artigo 183, da Constituição, criou a usucapião especial urbana, a qual se caracteriza pela redução do prazo para a aquisição do direito de propriedade para os ocupantes que destinem o imóvel para fins de moradia[348]. O Estatuto da Cidade regulamentou este

---

[346] Os textos jurídico-normativos federais que prescrevem um regramento específico e, até mesmo, a proibição para que estrangeiros adquiram determinados imóveis é uma ilustração da determinação do *ius abutendi* pelo interesse público. O regramento destas situações é originário do período ditatorial e se sustenta na identificação entre o interesse público e a segurança nacional.
Embora estas regras ainda se justifiquem com base neste sentido generalista do interesse público, elas também podem revelar pontos de contato com a acepção mais restrita que identifica este interesse à função social. Isto porque, a segurança é um dos direitos fundamentais de expressão espacial que compõem o direito à cidade.

[347] Prescrevem os artigos 25 a 27, do Estatuto da Cidade: "Art. 25 – O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. §1º – Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. §2º – O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do §1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel. Art. 26 – O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico; IX – (Vetado). Parágrafo único – A lei municipal prevista no §1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo. Art. 27 – O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo. §1º – À notificação mencionada no caput será anexada proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade. §2º – O Município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida nos termos do caput e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada. §3º – Transcorrido o prazo mencionado no caput sem manifestação, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada. §4º – Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel. §5º – A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito. §6º – Ocorrida a hipótese prevista no §5º, o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele".

[348] "A Constituição Brasileira consagra tanto o princípio da propriedade privada quanto o da sua função social. Num caso concreto específico, dada a argumentação empreendida pelas partes em contraditório e considerada adequadamente pelo juiz, é possível, em razão da função social, deslegitimar a posse do proprietário e reconhecer a pretensão daqueles que querem trabalhar, daqueles que querem viver com dignidade. Antes de simplesmente mandar reintegrar a posse, partindo-se do pressuposto processualmente absurdo e ilegal (art. 923 do CPC) de que quem é dono tem sempre razão, o Poder Judiciário brasileiro deveria levar a sério que a luta pela propriedade, no Estado Democrático de Direito, não pode ser reduzida a uma mera luta privatista pela propriedade. O que deveria ser considerado pelas partes em conflito e, principalmente pelo juiz, que não precisa ser Hércules, é que fundamentalmente o que está em questão é a dignidade humana, algo difuso, algo às vezes impalpável, mas que avassaladoramente se tem concretizado violada, a cada decisão injusta, inadequada,

dispositivo constitucional e inseriu novas possibilidades neste instrumento. O artigo 10 criou a figura da usucapião coletiva de áreas ocupadas por população de baixa renda, o que a tornou um instrumento de regularização fundiária de áreas como as favelas. O artigo 11 prescreveu que durante o trâmite processual da usucapião, todas as ações judiciais relativas ao imóvel em discussão ficariam suspensas. No artigo 13, o Estatuto da Cidade prescreveu a possibilidade de "a usucapião urbana" ser apresentada "como matéria de defesa". O artigo 14 prescreveu um rito processual mais célere para o julgamento da ação de usucapião especial urbana.

Assim, pode-se afirmar que no discurso de justificação, a usucapião urbana denota que a *rei vindicatio* não possui caráter absoluto. Enquanto, no discurso de aplicação, esta espécie de usucapião demonstra que a função social é comprovada mediante o exercício das atividades que se esperam de um proprietário que realmente dá a destinação socioeconômica ao imóvel. Isto significa, conforme Marcos Alcino de Azevedo Torres[349], que a função social é comprovada pelo "exercício da posse do bem, diretamente por seu titular ou por outrem autorizado ou não".

Logo, continua o autor, a tutela jurídica da posse exercida em consonância à função social do imóvel urbano não se justificaria como um reflexo do direito de propriedade, mas como a exteriorização da função social. Isto é, a destinação do imóvel urbano – representada pela "posse funcionalizada" – ocuparia papel tão ou mais relevante que a propriedade desfuncionalizada[350].

Todos estes argumentos comprovam que, no plano deôntico, a função social conforma todas as prerrogativas proprietárias, não se restringindo ao *ius utendi*, como tradicionalmente se concebeu. Além disso, eles comprovam também que a função social não seria uma emanação do dever-poder de polícia urbanística, mas, ela seria o fundamento jurídico desta função administrativa[351].

---

tomada por parte de um Judiciário tantas vezes descompromissado com a cidadania". (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op. cit.*, p. 207.)

[349] TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A função social da posse*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2004. p. 303, 344, 374 e 456.

[350] Em sentido oposto à importância que Marcos Alcino de Azevedo Torres confere à posse está Miguel Nogueira de Brito. Este ainda concebe a posse a partir do direito de propriedade, vendo-a como uma "homenagem que o título [de propriedade] presta ao uso dos objectos da propriedade". Assim, a posse poderia ser considerada como uma "propriedade provisória, tal como a propriedade é a posse peremptória". (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 42-45.)

[351] Segundo José Afonso da Silva, o dever-poder de polícia seria uma das restrições – mas não a única – ao exercício do direito de propriedade urbano, enquanto a função social seria o fundamento deste dever-poder, sem, contudo, esgotar-se nele. (SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 276.) Assim, a função social define o "regime de atribuição" do direito de propriedade e o "regime de seu exercício". Isto é, pelo "primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina a causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos

Todavia, no plano pragmático, os elementos disfuncionais da esfera pública brasileira reduzem esta centralidade da função social. De um lado, os diversos textos jurídico-normativos municipais, muitas vezes, não densificam a função social, mas, privilegiam o individualismo proprietário[352]. Lado outro, a aplicação dos textos jurídico-normativos também é influenciada por estes elementos disfuncionais o que, somado à falta de capacidade institucional dos Municípios, caracteriza o discurso de aplicação como seletivo e inadequado.

Neste último caso, tem-se que os Municípios não fiscalizam adequadamente o exercício das prerrogativas proprietárias, notadamente, as ações relacionadas ao *ius utendi*. Também são frequentes os casos envolvendo o exercício inadequado da prerrogativa de fruição, como por exemplo: a informalidade dos contratos de locação; o aumento abusivo dos alugueis; e os despejos forçados.

Os instrumentos relacionados à conformação do *ius abutendi* também encontram óbices à sua realização: o direito de preempção ainda é pouco utilizado, principalmente pela falta de capacidade financeira dos Municípios. Além disso, os casos de demolições sem licenças são frequentes e, em alguns casos, envolvem, até mesmo, imóveis que integram o patrimônio

---

interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito". (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico*..., p. 78-79.)

No mesmo sentido, Edésio Fernandes afirmou que: "O maior deslocamento exigido diz respeito à necessidade de se compreender que o princípio da função social da propriedade não pode ser reduzido às restrições administrativas externas ao exercício do direito de propriedade, como muitos juristas têm afirmado: o princípio constitucional é essencial para a própria caracterização e conformação do direito de propriedade, qualificando – por dentro – as formas de uso, gozo e disposição dos bens imobiliários. Nesse sentido, o direito de propriedade imobiliária deixa de ter um conteúdo econômico predeterminado – cuja medida seria dada pelos interesses individuais do proprietário –, e passa a ter o conteúdo econômico a ser determinado pelo Poder Público – através das leis, planos e projetos urbanísticos –, uma vez também considerados os outros interesses sociais, ambientais e culturais quanto à utilização do solo e dos bens imobiliários". (FERNANDES, Edésio. *Do código*..., p. 39-40.)

[352] Sobre esse tema , Francisco Eduardo Loureiro, quando afirma que sob a marca da função social se realizaram inúmeras intervenções no domínio econômico, que não guardavam nenhuma relação imediata com o bem-estar da coletividade, mas apenas se justificavam como incentivo a determinado setor econômico: "Curioso ressaltar, aqui, um velho hábito dos civilistas de concentrar as intervenções limitativas das faculdades do proprietário, ocorridas nos últimos 100 anos, como signo de uma crescente socialização, ou publicização do direito privado. Isso nem sempre é exato. Muitas dessas limitações não têm qualquer relação com o emprego social dos bens, mas sim com a concorrência de interesses particulares opostos, levando em conta sua aptidão produtiva. Guido Alpa e Mario Bessone lembram a crítica de capitalistas industriais aos proprietários rurais, que recebiam a renda pela utilização da terra por terceiros e com isso elevavam o preço de insumos.

Basta ver os conflitos surgidos entre a propriedade agrícola *estática* e a propriedade industrial *dinâmica*. Resolveu-se a pendência a favor de uma das categorias, aquela que invertia capitais, que tinha alto potencial produtivo e como finalidade manter as condições que se consideravam indispensáveis para o desenvolvimento da atividade privada. Assim foram abertas estradas, ferrovias, portos e canais, sob o controle e em benefício da nova categoria proprietária.

Importante ver que a autonomia privada, nesse primeiro momento, não foi sacrificada em prol do imediato interesse social, ou do bem-estar geral, mas sim de novos interesses proprietários. O sacrifício da propriedade estática em favor da dinâmica se justifica por razões de produção, e não de socialização". (BARASSI, Ludovico *apud* LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit*, p. 84-85.)

histórico. Há, também, casos de desapropriações urbanísticas desprovidas de qualquer vinculação com a realização do direito à cidade.

Enfim, a prevalência do individualismo proprietário também fragiliza os impactos da função social no direito de reivindicar. Como já se afirmou em ocasião, os tribunais são refratários em reconhecer as pretensões dos ocupantes, principalmente, nos casos envolvendo a usucapião urbana coletiva.

2.3.4 Alguns mitos e impactos da função social sobre o regime jurídico proprietário privado

As posições contrárias à juridicidade da função social e a contraposição entre os planos deôntico e pragmático indicam duas consequências. A primeira se refere às dificuldades relacionadas à aceitação das transformações que a função social provocou nos elementos constitutivos do direito de propriedade. A segunda se refere aos três mitos que envolvem este tema, os quais explicam a forma como a função social é abordada no Brasil.

O primeiro mito se refere à identificação da função social como uma emanação do dever-poder de polícia. A partir da Constituição de 1988, as manifestações do dever-poder de polícia urbanística encontram os seus fundamentos na função social urbanística.

O segundo mito se refere à identificação da função social a uma exortação moral. Neste caso, a função social inserir-se-ia em um etéreo sentido de justiça social que imporia um dever moral aos proprietários. Ademais, ela apenas influenciaria, subsidiariamente, a produção e aplicação dos textos jurídico-normativos, o que indicaria: a prevalência do individualismo proprietário; e a fragilização de suas consequências jurídicas.

O terceiro mito identifica a função social como um mecanismo vinculado às doutrinas socialistas/comunistas. Contudo, as citadas doutrinas não fornecem bases para uma teoria da função social. Elas defendem a extinção da propriedade privada, o que é incompatível com o citado princípio, afinal: ela poderia perpetuar a propriedade privada, humanizando-a; esta humanização atrasaria o fim do modo de produção capitalista. Assim, uma leitura adequada da função social a partir das citadas bases teóricas autorizaria identifica-la como: uma resposta capitalista à emergência da revolução; um meio que tem por escopo garantir a "sobrevivência do próprio instituto da propriedade capitalista"[353].

[353] PERINI, Eliana C.. *Propriedade como direito subjetivo e função social da propriedade urbana*: a função social da propriedade como princípio corroborador do modo de apropriação capitalista. 1997. Dissertação (Mestrado

Apesar desta incompatibilidade, o citado mito produziu dois efeitos distintos. De um lado, ele foi responsável por fazer com que uma parte da doutrina brasileira visse a função social como um mecanismo contrário à propriedade privada[354]. Lado outro, este mito fez com que outra parte da doutrina atribuísse à função social uma extensão amplíssima que, realmente, seria um passo para a orientação socialista/comunista.

Estes dois efeitos conjugados conformaram a produção teórica brasileira. As análises deste tema, em regra, descrevem uma concepção socialista/comunista de função social, mas, não enfatizam que esta concepção pretende a extinção da propriedade privada. Ademais, elas apresentam a teoria de Locke – em regra, como uma curiosidade jurídica – sem se aprofundar nas suas consequências – por exemplo, o reconhecimento da ilegitimidade do não-uso da propriedade. Além disso, elas descrevem a concepção duguitiana, mas não mencionam que a veemência de seus pressupostos identificou-a como marxista ou autoritária/totalitária – apesar de o autor, explicitamente, recusar esta identificação[355]. Outrossim, elas apresentam a doutrina social da igreja – restringindo sua abordagem até a Encíclica *Mater et Magistra* – e, a

em Direito da Cidade). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1997. p. 82; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 60-61. Porém, a função social, apesar de legitimar a propriedade privada e o modo de produção capitalista, poderia ser vista como um mecanismo de melhora das condições sociais, ainda no capitalismo. Assim, ela não deveria ser desprezada, principalmente, pois: ela indicaria as contradições do sistema; ela reafirmaria a possibilidade de uma transição ao socialismo. (GORENDER, Jacob. *Op. cit.*, p. XX.)

[354] "Parte da manualística ainda não se deu conta de que a propriedade não é mais a mesma e que seu conteúdo – senhoria – sofreu alteração depois do princípio da função social da propriedade. [...] Alguns, preocupados com a interpretação que possa ser dada à existência de uma função social da propriedade, fazem profissão de fé conservadora. Orlando Gomes, por exemplo, identificou o momento como 'tempos anti-proprietaristas', explicando que o legislador infraconstitucional deve ter limites, sob pena de praticar atos que são indisfarçáveis desapropriações de fato e que era 'preciso ter muito cuidado em interpretar as disposições constitucionais' a respeito do tema, 'porque a ideia de função social é perigosa'". (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. cit.*, p. 265-266).

[355] Esta aproximação decorreria da afirmação de Duguit de que não havia um direito subjetivo de propriedade, mas um dever de propriedade, o qual se assemelharia à construção fascista, segundo a qual "*la libertà non è un diritto, è un dovere*" – "a liberdade não é um direito, é um dever". (MUSSOLINI, Benito. La dottrina del fascismo. In: MUSSOLINI, Benito. *Opera omnia.* A cura di Edoardo e Duílio Susmel. Firenze: La fenice, 1961. (v. XXXIV). p. 136.)

Outra razão para esta aproximação se encontraria no fundamento comtiano da tese de Duguit. Embora o positivismo de Auguste Comte tenha influenciado parte dos atores envolvidos na Proclamação da República, esta influência se concentrou na simbologia republicana. As propostas de integração social – ao contrariarem o sistema estamental – foram consideradas autoritárias e, portanto, elas foram afastadas em benefício da orientação liberal. (CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 151.) Coincidentemente, a inserção da função social na história político-constitucional brasileira coincidiu com os períodos ditatoriais. A Constituição de 1934 prescrevia no item 17 do artigo 113, que os bens deveriam ser utilizados em conformidade ao interesse social ou coletivo. Por sua vez, durante o regime civil-militar, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 10, de 09 de novembro de 1964, que introduziu a expressão "função social da propriedade".

Esta identificação ganhou mais força com a difusão do neoliberalismo. Para Hayek, Comte e as concepções teóricas que dele decorriam – como as de Duguit – seriam "totalitárias". Afinal, para ele, uma das decorrências da ideia de "*Volksgemeinschaft*" seria reconhecer que "os indivíduos não têm direitos, mas apenas deveres". Outra decorrência seria considerar o direito de propriedade como uma "função assalariada", que transformaria o proprietário em um "funcionário público". (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 163, 165 e 172; HAYEK, Friedrich August von. *Direito... v. 1*, p. 166-167.)

partir dela, afirmam que a função social exigiria que o direito de propriedade fosse exercido em consonância ao seu fim social.

Esta abordagem denota as bases sobre as quais se formou a concepção doutrinária e legislativa brasileira sobre a função social. Ainda que se possa encontrar uma inspiração anticapitalista nesta concepção, ela foi construída, majoritariamente, pela abordagem católica, apresentando-se como um mecanismo influenciador da conduta dos proprietários privados[356]. A esta abordagem se agregou, de forma complementar e subsidiária, a construção de Locke e seus sucessores[357] e, em grau menor, a concepção duguitiana.

Esta forma de conceber a função social[358] pode ser comprovada pelos seus efeitos no delineamento brasileiro do direito de propriedade sobre imóveis urbanos. Entre estes efeitos, dois podem ser enfatizados: a teoria do esvaziamento econômico do conteúdo da propriedade; e os instrumentos para o cumprimento da função social. Para uma compreensão de cada um destes impactos – e, consequentemente, da extensão da função social no ordenamento brasileiro – eles serão analisados de forma apartada.

---

[356] Esta afirmação se sustentaria em duas ideias. As instituições e o imaginário brasileiro sofreram grande influência católica, cujas origens remontam a Portugal, no período pré-colonial, e alcançam a República – embora, com o passar do tempo, ela tenha se apresentado de forma escamoteada. A segunda decorre da força do individualismo proprietário, o qual sustenta parte das estruturas de poder vigentes na esfera pública. Neste caso, a adoção de uma versão fraca da função social – ou que encontrasse dificuldades de aplicação – e que possibilitasse a integração entre os diversos indivíduos e alguma forma de consolo face às "injustiças", seria de mais fácil ajuste ao individualismo proprietário e aos elementos estamentais da esfera púbica. (FURTADO, Celso. Entre inconformismo e reformismo. *Economia política*, v. 9, n. 4, p. 6-28, out./dez. 1989, p. 15; FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 79-87; CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 151.)

[357] A doutrina social católica e a concepção de Locke e seus sucessores não são incompatíveis. De um lado, os elementos relacionados aos "efeitos de vizinhança" não são estranhos à função social católica e à sua compreensão de liberdade. Lado outro, para Locke: a propriedade é um direito natural; a caridade é ínsita ao "estado de natureza".

Neste sentido, a caridade seria um verdadeiro dever, como se notaria no dilema do vencedor/conquistador de uma guerra justa, cujo direito de indenizar-se por meio do patrimônio do vencido/conquistado poderia levar à carestia da esposa e dos filhos deste. Diante do dilema, Locke respondeu que "o direito natural" alicerçava a sociedade, devendo ser "preservado tanto quanto possível". Assim, se os bens não eram suficientes para satisfazer as perdas do conquistador e o sustento dos filhos do conquistado", aquele que "tem o suficiente, ou até mais do que o suficiente", deve "ceder um pouco do seu lado" em benefício daqueles que pereceriam. Dessa forma, a ideia de preservação do homem "na medida do possível", caracterizaria o "direito natural" lockeano, autorizando o titular a exterminar toda a ameaça e a priorizar a "segurança dos inocentes". (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 142-143 e 37-40; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 26-27.)

[358] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 312-313. Tem-se que a concepção brasileira de função social se insere no quadro mais amplo que caracterizou o último processo constituinte e a própria Constituição de 1988. Este quadro se marca pela tentativa de harmonização de correntes doutrinárias, ideológicas e político-filosóficas diversas e, por vezes, antagônicas.

2.3.4.1 A teoria do esvaziamento econômico do conteúdo da propriedade[359]

Afirmar que a função social define o direito de propriedade exige a análise dos limites da conformação urbanística das prerrogativas proprietárias. Afinal, a ação de conformar significa delinear as prerrogativas proprietárias de forma condizente à realização da função social urbana. Neste sentido, as discussões quanto à conformação se relacionam aos casos em que os atos normativos extrapolam os citados limites, eliminando, alguma das prerrogativas.

A eliminação jurídica ou fática dos poderes proprietários, portanto, significa que o direito sobre o bem foi retirado do patrimônio jurídico do proprietário, originando o dever de o Ente Público indenizar esta perda patrimonial. Logo, no sistema jurídico brasileiro, assim como na Europa latina ocidental, existem inúmeros instrumentos de conformação e restrição à propriedade privada e, segundo a doutrina, eles nem sempre geram o dever de indenizar.

As limitações urbanísticas, por exemplo, decorrem de leis gerais e abstratas e incidem sobre vários bens. Elas, em regra, não criam uma carga individualizada sobre dado proprietário que o faria suportar, mais do que os outros, o peso da realização do direito à cidade. As ocupações temporárias, por sua vez, caracterizam-se pela utilização transitória de dado bem particular, o que pode configurar direito à reparação, mas não significa que isso de fato se dará.

As servidões administrativas, se decorrerem de lei, não geram, *a priori*, direito à indenização, pois "o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação". Porém, se a restrição pesar mais sobre um indivíduo, quando, por exemplo, decorre de ato administrativo ou de sentença judicial, poderá surgir o dever de reparação[360].

No tombamento, como não são extirpadas as prerrogativas proprietárias, em regra, não há que se falar, também, em dever de indenizar. Contudo, em se tratando de requisições e desapropriações, surge para o Ente Público o dever de reparar o proprietário, já que as suas prerrogativas proprietárias são eliminadas transitória ou permanentemente.

Esta descrição doutrinária permite perceber que, neste aspecto, o ordenamento jurídico brasileiro se aproxima da orientação francesa. *A priori*, os atos de caráter geral – que não individualizem um imóvel ou conjunto de imóveis – não gerarão o direito à indenização, pois a carga para a realização do direito à cidade é imposta a todos os proprietários e dividida

[359] Esta discussão se apresenta na Itália sob uma denominação próxima àquela adotada no Brasil: *azzeramento del conteunuto economico del dirito di proprietà*. (GUZZO, Gerardo. *La pianificazione urbanistica*: soggetti, contenuti e ambiti applicativi. Milano: Giuffrè, 2012. p. 114. Segundo Isabel Vaz, a Alemanha também adotaria uma construção semelhante. Para mais informações: VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 114.)

[360] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 168.

entre eles indistintamente. Porém, estes atos gerais poderão gerar o referido direito à reparação[361] quando, em uma dada situação concreta, um imóvel ou grupo de imóveis suporta esta carga com maior intensidade que os demais. Assim, adotando-se a taxonomia italiana, afirma-se que: em regra, estes atos gerariam vínculos conformativos[362]; mas, em situações específicas, estes vínculos poderiam ter caráter expropriatório[363].

Dessa forma, as conformações das prerrogativas proprietárias decorrentes desta maior carga reduziriam o patrimônio do proprietário sujeito a estas regras. Ele não poderia retirar todas as utilidades que outros proprietários, não sujeitos a este regramento, retiram de imóveis semelhantes ao seu. Logo, a redução patrimonial ou esvaziamento econômico do conteúdo da propriedade se relaciona à redução/eliminação das prerrogativas proprietárias, auferida a partir da comparação entre situações proprietárias semelhantes.

Assim, esta compreensão – a retirada/redução do objeto do direito de propriedade das vantagens econômicas que seriam juridicamente possíveis – insere uma característica em todos os regimes jurídicos proprietários. Este elemento unificador meta-jurídico seria, segundo Rodotà: o "*contenuto essenziale del diritto*" – o "conteúdo essencial do direito"[364].

---

[361] Este direito de reparação encontraria um de seus fundamentos no princípio da repartição de ônus e distribuição de benefícios da urbanização – notadamente na ideia de distribuição equitativa das vantagens e desvantagens provenientes das ações públicas de urbanismo. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 106.)

[362] Estes vínculos foram, *a priori*, considerados como vínculos expropriatórios não-indenizáveis. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 173; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 317, 337, 351-352 e 358.)

[363] Para Hayek, por exemplo, o controle sobre o preço dos alugueis – na Europa, após o período da Primeira e da Segunda Guerras, e no Brasil, na década 1930 e 1960 – constituiu-se numa forma de desapropriação em desfavor dos proprietários, a qual, não foi acompanhada do devido ressarcimento. Ademais, para ele, esta medida ainda gerou outros efeitos perniciosos, como, por exemplo um controle "arbitrário" sobre a mobilidade urbana, já que as pessoas passaram a viver em habitações que não corresponderiam "às suas necessidades e desejos". Além disso, a medida teria fomentado a redução do "respeito à propriedade" e ao "sentido de responsabilidade individual". (HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 413-415.)
No entanto, estas afirmações, aparentemente, não possuem correspondência com a realidade brasileira. Afinal, conforme se verificou, os mecanismos do mercado imobiliário são responsáveis, em grande medida, por um processo de segregação territorial. Assim, as ocupações e favelas, que poderiam ser considerados por Hayek, como "meios ilegais e desonestos" de acesso à terra urbana, não se configuram, para Ricardo Pereira Lira, como "problemas", mas como "soluções" aos problemas de fixação espacial de uma grande parte da população. (LIRA, Ricardo César Pereira. *Concepção do programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e desenvolvimento da linha de pesquisa do direito da cidade por seu patrono*. Palestra proferida, em 12 de maio de 2014, no Seminário "Pesquisa científica em direito da cidade", ocorrido nos dias 12 e 13 de maio de 2014. Rio de Janeiro-RJ: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.)

[364] Assim, as teorias do esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade e da multiplicidade de regimes jurídicos proprietários se analisadas em conjunto indicariam que a definição das hipóteses em que os vínculos seriam conformativos ou expropriatórios nem sempre é fácil. Esta dificuldade, decorrente da fragmentação das diversas situações jurídicas proprietárias, indicaria, segundo alguns, a impossibilidade em se falar no "direito de propriedade" como um instituto único.
Porém, para outros, a dificuldade em definir quando os vínculos serão expropriatórios aponta para um dos elementos unificadores do instituto jurídico da propriedade. Afinal, embora cada espécie de propriedade tenha conformações diversas, todas elas seriam sujeitas à desapropriação. Neste sentido, Rodotà reconheceu que a citada teoria poderia ser empregada como critério analítico em diversas questões, como, por exemplo, as perdas decorrentes das falhas da política econômica estatal. Ademais, ela corrigiria, também, distorções presentes na

Isto significa que o citado esvaziamento se centra no valor de uso. Ele não se refere ao valor de troca: à redução do valor de mercado do imóvel. A oscilação dos preços é atribuída à volatilidade do mercado imobiliário e às questões sociais, as quais embora impactadas pela legislação urbanística, não seriam definidas somente por ela[365].

Esta afirmação pode ser ilustrada pelo Recurso Especial n. 150.167/RJ. Nele, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, analisou um caso envolvendo a depreciação no valor de um imóvel, decorrente da instalação, nas suas proximidades, de uma favela[366]. Na hipótese, a proprietária do imóvel vizinho à favela notificou o Município do Rio de Janeiro, mas, este, segundo ela, não empregou os meios coercitivos adequados para a retirada daquela população[367]. Assim, diante do insucesso das medidas administrativas, a proprietária requereu

---

Sentenza n. 55, pois, reconhecer-se-ia que o direito à indenização não se restringiria ao proprietário que foi proibido de edificar, mas, alcançaria, também, aquele que teve esta pretensão extremamente reduzida. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 360, 407, 414, 351-352 e 354.)

[365] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 87-89, 95-96, 103-105 e 119. Em sentido oposto, Hayek entende que o aumento e a queda nos preços dos imóveis quando decorrente da legislação urbanística deve ser indenizada. No primeiro caso, o Ente Público local deveria recuperar o mais valor gerado – o que, no direito brasileiro, somente seria possível se o acréscimo decorresse de obras públicas, hipótese em que se aplicariam as contribuições de melhoria. No segundo caso, porém, o Ente Público local deveria indenizar o proprietário pela queda no valor do imóvel – o que exigiria a construção de um mecanismo que operasse em sentido inverso ao da citada contribuição.

Dessa forma, Hayek afirma que uma das razões para este problema é a falta de precificação das ações de planejamento e, embora ele reconheça a dificuldade em se apurar estas vinculações *a priori* ou *a posteriori*, ele aponta que a solução da questão exigiria a apreciação jurisdicional. Nesta hipótese, em se tratando do sistema jurídico brasileiro, a demanda se fundaria na responsabilidade extracontratual do Ente Público, nos termos do §6º, do artigo 37, da Constituição. Não se aplicaria, aqui, a tese da desapropriação indireta, já que não se teriam prejudicado as prerrogativas proprietárias. (HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 421.)

Em sentido oposto, Ronald H. Coase e Vasco Rodrigues afirmam que nem todas as desvantagens sofridas pelos indivíduos em decorrência das ações urbanísticas ensejam direito à reparação. Afinal, em consonância à ideia dos "efeitos de vizinhança", viver em sociedade produz alguns inconvenientes que devem ser suportados por todos. (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 82, 85 e 90; RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 78. Para mais informações sobre a forma como a doutrina e a jurisprudência anglo-saxã adotam a teoria do esvaziamento econômico: COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 88-90.)

[366] Argumento semelhante foi empregado, segundo Ronald H. Coase, em *Adams v. Ursell*, em que um estabelecimento que vendia *fish-and-chips* para um grupo de operários se instalou nas proximidades de uma área em que se situavam "casas de 'padrão mais elevado'". A Corte determinou que o comerciante deveria se mudar para uma área com padrão residencial "menos elevado", onde os habitantes considerariam que a proximidade com o estabelecimento seria uma "vantagem" e que, portanto, não se incomodariam com o "odor" e a "fumaça" produzidos – conforme a alegação do demandante. (*Ibid*., p. 84.)

[367] Os argumentos que sustentam a demanda não se constituem em fatos isolados, mas, na verdade, ilustram uma forma corriqueira de desenvolvimento da política urbana brasileira. Segundo Ermínia Maricato, no final de 1980, o Município de São Paulo empregou mecanismos violentos – contando com o apoio das forças de segurança pública estadual – para remover favelas "situadas em áreas nobres" da zona urbana, pois, elas impactavam negativamente no valor de mercado dos imóveis. Ao mesmo tempo, realizaram-se obras de urbanização de favelas situadas em zonas periféricas menos valorizadas e, cujo acesso aos meios de transporte e à rede de serviços, infraestrutura e equipamentos público era precário. Assim, estas ações de regularização representavam um escopo de contribuir para a valorização imobiliária de áreas nobres e, ao mesmo tempo, invisibilizar estas comunidades e a pobreza urbana. (MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 108.)

que o Município recompusesse a depreciação do imóvel, tendo como principal argumento a teoria francesa da "*faute du service*" – "teoria da culpa anônima do serviço".

Não obstante a falta de unanimidade, o Superior Tribunal de Justiça excluiu a possibilidade de reparação de danos pelo Município. O Tribunal entendeu que se estava diante de fatos imprevisíveis que excluíam a responsabilidade do Município. Ademais, os votos vencedores reconheceram que: o Município tentou remover os ocupantes, mas que as suas ações foram inócuas; o Município não poderia demolir as residências dos ocupantes, pois, isto ultrapassaria o dever-poder de polícia, que, possuiria somente feição negativa[368].

Ao apresentarem os argumentos relativos aos elementos fáticos que compuseram a lide, os votos vencedores afirmaram que a depreciação decorrente da ação municipal não conferiria direito à indenização. Ainda que estas ações tragam incômodos aos indivíduos, elas não reduzem as prerrogativas proprietárias e, assim, não haveria um dano a ser indenizado:

> Pode-se, é claro, argumentar, que o interesse da coletividade, no caso, é ver respeitadas as posturas municipais, e, dessa forma, compete ao réu preservá-las.
> Concordo com isso. Se o Município fixou regras de ocupação urbana e elas estão sendo desrespeitadas, deve atuar no sentido do seu cumprimento, decerto. Mas, indago, e se, em razão das modificações sociais, que exigem novo posicionamento mais consentâneo com a realidade do momento, esse interesse coletivo se altera? Qual o direito coletivo a ser preservado?
> Admitamos que uma determinada área pública seja, em face da carência habitacional, cedida para residência de população de baixa renda, por intermédio de uma COHAB. Há direito a indenização dos vizinhos? É claro que não.
> Se uma linha de ônibus suburbano é aberta, com permissão do Município, fazendo ligação com as praias da Zona Sul, tornando sua frequência menos elegante, cabe direito à indenização dos proprietários de apartamentos da região? Também é óbvio que não.
> O que desejo dizer é que a existência de um loteamento nobre não tem o condão de impedir a perpetuação da destinação das áreas contíguas como quando da implantação do empreendimento. Isso é mutável, e o Município não pode ser responsabilizado, em termos *indenizatórios*, pela expansão urbana, porquanto — bem o disse o eminente Ministro Peçanha Martins[369] – inexiste direito adquirido a vizinhança de alto padrão social.

---

[368] Assim, os Ministros, ao desconhecerem que os Municípios poderiam aplicar penas de demolição em geral, reduziram a capacidade destes Entes Públicos atuarem na ordenação do solo urbano. Esta afirmação, ainda que isolada, contraria a tradição jurídica brasileira e os diversos textos jurídico-normativos referentes à matéria e, também, fomenta a instituição de um modelo de desenho urbano sem possibilidade efetiva de regulação.

[369] Os argumentos do Ministro Francisco Peçanha Martins se conduzem em sentido semelhante àquele apontado por Chantal Mouffe, pois, esta espécie de demanda teria o escopo de legitimar uma situação de subordinação social, transformando-a num caso de opressão. Este sentido, pode ser percebido nos excertos abaixo que sintetizam a orientação referenciada no trecho acima transcrito: "Neste caso, Sr. Presidente, pelo que ouvi, a autora construiu sua casa nas cercanias da Floresta da Tijuca em terreno próprio. Mas a quem pertence a floresta? É de propriedade pública, como V. Exa, o disse. (...) Um outro cidadão brasileiro construiu o seu tugúrio na área pública, vizinha à dela, que, por isso teria reclamado ao poder público municipal a fim de que exercesse contra ele o poder de polícia, expulsando-o do paraíso natural. Pergunto: a que título? Pretextando não sofrer dano. Que dano? O da vizinhança a um homem pobre? A um homem que não tivesse os mesmos poderes de higiene? Enfim, este homem invadiu um terreno de propriedade particular dela ou de alguém? E os milhares de homens que, afinal, se localizaram ali, como fizeram em todos os morros da Cidade Maravilhosa? Pergunto: qual é o direito material de maior utilização neste país: o de propriedade, que contempla uma minoria, ou o direito de posse, de que se valem os excluídos e a grande maioria, nas favelas? Dizia o Mestre Orlando Gomes que no Brasil valorizamos equivocadamente os institutos jurídicos. A instituição jurídica conhecida da

> Indenizar alguém mais abastado porque há pobres morando ao lado sugere a possibilidade de um sistema de castas sociais, algo impensável[370].

O exemplo confirma que as ações que geram direito à indenização são as que reduzem o patrimônio jurídico do proprietário – uma de suas prerrogativas – e não aquelas que reduzem o seu patrimônio financeiro. Retirada uma destas prerrogativas, estar-se-á diante de vínculos de natureza expropriatória, configurador de um caso de desapropriação indireta[371], o

---

maioria do povo, a posse, ao invés de constituir a base fundamental da aplicação do direito, cede lugar ao direito de propriedade.
Mas pergunto: como pode uma prefeitura de qualquer lugar deste país, com as estatísticas mostrando o desabrigo em que se encontra a grande massa da população brasileira, impedir a favelização? Não vejo como, destinando a grande parcela dos recursos arrecadados à satisfação dos reclamos das classes mais favorecidas. (...)
O que é a cidade do Rio de Janeiro? O que a caracteriza, senão a beleza natural e as favelas, que emolduram Copacabana, como o fazem as construções no mediterrâneo, no Egito e em outros lugares onde a pobreza é traço marcante da maioria? Essa é que é nossa realidade. E como pode, então, a prefeitura de um Município qualquer ser condenada a indenizar prejuízo de quem quer que seja pelo simples fato de ter se instalado uma favela ao lado de sua casa? Para que, então, vai a Prefeitura exercer o poder de polícia? Para impedir a maioria do povo de sobreviver? Parece, senhores, que estamos, aqui, habitando uma cidade da Suíça, ou de Conceição de Mato Dentro, em que a Prefeitura atua de modo a permitir que cada um tenha o seu canteirinho coberto de rosas. Estamos, porém, no Brasil, e as nossas estatísticas não permitem que o direito seja aplicado senão em conformidade com essa realidade, porque ela é que impõe a interpretação e atual aplicação da lei, a partir dos primeiros artigos desta Constituição". (MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 261; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 150.167/RJ*. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrida: Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Taborda. Relator Originário: Min. Adhemar Maciel. Relator para o Acórdão: Min. Francisco Peçanha Martins. Francisco Peçanha Martins (voto). Brasília, 17 de junho de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=265835&nreg=199700699633&dt=18/12/2000&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

370 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 150.167/RJ*. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrida: Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Taborda. Relator Originário: Min. Adhemar Maciel. Relator para o Acórdão: Min. Francisco Peçanha Martins. Aldir Passarinho Júnior (voto-vista). Brasília, 17 de junho de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/ REJ.cgi/IMGD?seq=265835&nreg=199700699633&dt=18/12/2000&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016.

371 Neste caso, estar-se-ia, diante do que se denomina de desapropriação indireta, isto é, aquela "que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso obstada por meio de ação possessória. (...) Imagine-se hipótese em que o Poder Público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos.
Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem **totalmente** o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar, **em parte** o direito de propriedade". (Negrito no original) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 192.)
A figura da desapropriação indireta está prescrita no artigo 35, do Decreto-Lei n. 3365, de 21 de junho de 1941: "Art. 35 – Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos".
Embora a figura da desapropriação indireta tenha sido objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 442.774/SP, o tema ainda não é pacífico. Neste caso, o Tribunal decidiu que os requisitos para configuração da desapropriação indireta são: apossamento do imóvel, sem prévio processo de desapropriação; afetação do imóvel; impossibilidade fática do imóvel retornar ao patrimônio jurídico do proprietário. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 442.774/SP*. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Waldomiro Vergara e cônjuge. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 de junho de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=554610&num_registro=200200571465&data=20050620&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr.

que garantirá ao proprietário o direito à recomposição em seu patrimônio do equivalente em dinheiro da perda da prerrogativa[372].

Ademais, conforme o Recurso Especial n. 1.168.632/SP, do Superior Tribunal de Justiça, para que o proprietário tenha direito à indenização, o citado esvaziamento deve ter origem após o momento em que ele tenha adquirido o imóvel. Neste caso, os proprietários alegavam que adquiriram o imóvel para instalarem um determinado empreendimento, mas, posteriormente, descobriram que o imóvel se sujeitava a um regime jurídico especial, instituído antes da celebração do negócio jurídico. Segundo os proprietários, o regime jurídico específico, ao limitar suas prerrogativas proprietárias, impedia que eles construíssem o empreendimento desejado e, portanto, entendiam que estavam diante de um caso de desapropriação indireta.

Porém, estes argumentos foram afastados pelo voto do Ministro Relator, o qual foi seguido pelos demais ministros. Segundo a decisão, "as limitações administrativas preexistentes à aquisição do imóvel não geram indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade", pois, não se comprovou que houve a perda da "exclusividade dos poderes sobre o imóvel em discussão". Ademais, como o regime jurídico específico fora instituído antes da aquisição do imóvel, presumir-se-ia que o preço ajustado já consideraria este elemento – o adquirente teria comprado o imóvel por um preço inferior, em razão da conformação especial das prerrogativas proprietárias.

Assim, a indenização requerida configuraria uma modalidade de enriquecimento sem causa. O valor pago foi menor do que o seria se não pendesse sobre o bem nenhuma

---

2016.) Entretanto, conforme salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a decisão não resolveu o caso do esvaziamento do direito de propriedade sem o prévio ato concreto de esbulho – isto é, quando o esvaziamento decorre de atos normativos que, sob o pretexto de conformarem o direito de propriedade, extinguem-no. Por esta razão, permanece valendo a orientação doutrinária tradicional, aqui reproduzida. Para mais informações: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 192-193.

[372] Neste valor serão computados: o valor do imóvel; os lucros cessantes; os juros compensatórios; os juros moratórios; os honorários advocatícios; as custas e despesas judiciais; a correção monetária; as despesas com a desmobilização e translado dos equipamentos particulares instalados no imóvel. No que concerne aos juros compensatórios, o §4º, do artigo 15-A, do Decreto-Lei n. 3365, de 21 de junho de 1941, inserido pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, prescreve que: "Art. 15-A – No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. (...) §4º – Nas ações referidas no §3º [desapropriação indireta], não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação".
Porém, o dispositivo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade e, por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, liminarmente, a sua eficácia – e de outras alterações decorrentes da citada Medida Provisória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.332-2/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Rel.: Min. Moreira Alves**.** Brasília, 05 de setembro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347548>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

restrição e, além disso, o imóvel ainda podia ser empregado para diversas outras finalidades que trariam ganhos econômicos aos proprietários[373].

Esta mesma lógica permeou o julgamento do Recurso Especial n. 750.988/RJ. Nesta hipótese, como no anterior, o proprietário alegava que adquiriu o imóvel para construir um determinado empreendimento, o qual foi aprovado pelo Município, sujeitando a expedição da licença "à prévia apresentação de projeto de contenção de encostas a ser executada em área pública". Porém, a citada obra pública se tornou inexequível em razão de seu custo, o que levou à edição de atos municipais que classificaram a área como "*non aedificandi*" – incorporando-a a dado parque público – e cancelaram os atos administrativos anteriores.

Embora o juiz de primeiro grau não tenha compreendido que, no caso, ocorrera o esvaziamento econômico do conteúdo do direito de propriedade, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o reconheceu e determinou o pagamento da indenização. Esta mesma orientação foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça que compreendeu que o impedimento do direito de construir reduzia as prerrogativas proprietárias e tornava o bem imprestável para uma utilização econômica adequada[374].

Em síntese, portanto, pode-se afirmar que a teoria do esvaziamento econômico da propriedade indica que, de um lado, as ações urbanísticas que individualizam o imóvel geram o dever de indenizar. Elas diminuem o patrimônio jurídico do proprietário, ou impõem a ele uma carga superior àquela imposta aos demais membros da coletividade.

Como se depreende do *Arrêt* 15859, o Conselho de Estado francês adotou orientação similar àquela contida na teoria do esvaziamento econômico do conteúdo da

---

[373] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.168.632-SP*. Recorrentes: Alberto Clemente Castrucci e Outro. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Min. Luiz Fux. Luiz Fux (voto). Brasília, 01 de julho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=98296 2&sReg=200802657267&sData=20100701&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[374] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 750.988/RJ*. Embargante: Paulino Campos Fernandes Bastos e Outros. Embargado: Município do Rio de Janeiro. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=705000&sReg=200500786900&sData=20070827&formato=HTML>. Acesso em: 22 abr. 2016.

Em sentido aproximado, Rodotà e Miguel Nogueira de Brito, afirmaram, respectivamente, que a impossibilidade legal de construção em um imóvel particular macula as Constituições da Itália e de Portugal. Para mais informações: RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 17; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 69.

Conforme Ronaldo H. Coase, a Corte de Apelação inglesa, ao analisar o caso *Andrea v. Selfbridge and Company Ltda.*, chegou a uma decisão que se aproxima das sobreditas orientações, embora ela se sustente sobre outros argumentos. Neste caso discutia-se se a queda de vendas do comércio decorrente do exercício do direito de construir de um vizinho criaria para este o dever de indenizar os comerciantes. Neste sentido, a Corte definiu que o exercício das citadas prerrogativas não geraria dever de indenizar, pois elas seriam transitórias e, assim, gerariam desconfortos temporários. Ademais, e este é o fundamento que aproxima ambas as decisões: as prerrogativas relacionadas ao direito de construir seriam normais e naturais ao direito de propriedade. (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 84-85.)

propriedade[375]. A decisão reconheceu o princípio de « *non-indemnisation des servitudes d'urbanisme à la condition que celles-ci aient été instituées légalement, aux fins de mener une politique d'urbanisme conforme à l'intérêt général et dans le respect des règles de compétence, de procédure et de forme prévues par la loi* »[376]. Todavia, o Conselho de Estado também reconheceu que o mencionado princípio não é absoluto. Afinal, o proprietário de um bem atingido por uma destas servidões – limitações urbanísticas – terá direito a ser indenizado se, no caso concreto, ficar comprovado que « *ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* »[377].

Lado outro, as conformações urbanísticas ao direito de propriedade, não geram, *a priori*, o direito à indenização. Elas são impostas a todos igualmente e não reduzem as prerrogativas proprietárias. Porém, estas conformações podem, em um caso concreto, ensejar o esvaziamento, pois, elas poderiam criar uma sobrecarga ao indivíduo, e, pragmaticamente, eliminar alguma de suas prerrogativas, o que configuraria a desapropriação indireta[378].

---

[375] FRANÇA. Conselho de Estado. *Arrêt n. 158592*. Partes: M. X. et o Estado. Presidente: M. Labetoulle. Relator: M. Costa. Comissário do Governo: M. Abraham. Paris, 03 de julho de 1998. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

[376] Em uma tradução livre: princípio da "não-indenização das servidões de urbanismo – limitações urbanísticas – desde que estas servidões sejam instituídas por leis que objetivem implementar uma política urbana adequada ao interesse público e desde que tenham sido respeitadas as regras de competência, as regras procedimentais e as formas legalmente previstas".

[377] Em uma tradução livre: "este proprietário suporta uma carga especial e exorbitante, desproporcional face ao interesse público perseguido".

[378] "Assim, o conceito de expropriação foi alargado em três direcções principais: em primeiro lugar, passou a admitir-se como objecto de expropriação não apenas a propriedade de imóveis, mas todos os direitos privados de valor patrimonial; em segundo lugar, admitiu-se também que a expropriação poderia efectuar-se directamente pela lei e já não apenas através de um acto administrativo; por último, deixou de exigir-se o requisito da transmissão de um direito, para passar a considerar-se suficiente a mera privação de um direito. Finalmente, e acompanhando a tendência para a extensão do conceito constitucional de propriedade ao conjunto da esfera patrimonial do particular, passou mesmo a admitir-se que a expropriação abrangia, não apenas as intervenções do Estado implicando a perda da titularidade de um direito, mas a própria privação de alguns direitos inerentes à qualidade de proprietário ou de algumas faculdades ou irradiações da propriedade, como, por exemplo, a faculdade de construir. Por outras palavras, enquanto o conceito clássico de expropriação não abrangia a diminuição da aproveitabilidade de um objecto da propriedade, para o conceito amplo de expropriação todas as possibilidades de uso ou aproveitamento desse mesmo objecto integram o direito de propriedade e, por essa razão, a sua restrição ou proibição é susceptível de configurar uma expropriação, sujeita a indemnização. Nesta conformidade, os critérios formais avançados para separar a expropriação da determinação do conteúdo e limites da propriedade tendem a ser substituídos por critérios materiais. Subjacente a estes últimos está, em última análise, a ideia de que a adopção de normas que delimitem o conteúdo da propriedade em termos de porem ao proprietário entraves no interesse do bem comum, mas que sejam considerados como "excessivos", "desrazoáveis" ou "gravosos", têm o efeito de transformar a vinculação social da propriedade numa expropriação. A expropriação deixou de ser entendida como um acto deliberado de aquisição forçada de bens imóveis dos particulares por parte dos poderes públicos para passar a ser identificada com o dever de indemnizar do Estado em virtude da responsabilidade da comunidade pelos sacrifícios especiais impostos aos indivíduos, tendo em vista restabelecer a igualdade destes quanto aos encargos públicos. Por outras palavras, a expropriação, anteriormente configurada como um caso especial do dever de indemnizar do Estado em virtude da imposição de sacrifícios especiais aos indivíduos, passa a ser identificada com tal dever". (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 100-101.)

2.3.4.2 Os instrumentos para exigir o cumprimento da função social e suas consequências

O ordenamento jurídico brasileiro prescreve três conjuntos de instrumentos para que o proprietário exerça suas prerrogativas em consonância à função social. O primeiro grupo abrange os atos jurídicos e materiais fundamentados no dever-poder de polícia, nos termos já apresentados, uma vez que tais atos objetivam restringir o exercício das prerrogativas proprietárias, em consonância ao interesse público específico em questão.

O segundo grupo caracteriza-se por reunir medidas contenciosas, as quais poderão ser propostas por diversos atores públicos ou privados, conforme as especificidades de cada caso. Dessa forma, neste grupo inserem-se, por exemplo, as Ações Demolitórias e as Ações de Nunciação de Obra Nova, nos termos ilustrados pelo citado Recurso Especial n. 302.906/SP.

A multiplicidade de sujeitos legitimados a recorrerem à via contenciosa prova, de um lado, segundo Häberle[379], que há vários graus de responsabilização para a realização e tutela da função social e, assim, do direito à cidade. Logo, estes vários graus de responsabilização determinam a legitimidade dos sujeitos para proporem cada uma das diversas ações judiciais.

Lado outro, e consoante ao primeiro ponto, o reconhecimento da legitimidade dos indivíduos[380], pessoas jurídicas de direito privado e sociedade civil organizada comprova a conexão estrutural entre os interesses público e privado. Afinal, os citados sujeitos, ao buscarem tutelar seus interesses particulares protegeriam, ainda que indiretamente, o direito à cidade.

O terceiro grupo reúne os instrumentos considerados pela doutrina como os principais mecanismos para obrigar o cumprimento da função social urbana. Nele estão os instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição: o parcelamento e edificação compulsórios; o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo; e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública[381].

---

[379] HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 23. Em sentido aproximado: HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 411. Esta possibilidade de controle seria mais ampla, pois, não se restringiria ao discurso de aplicação. Isto se torna mais evidente no Direito Urbanístico, quando se recorda que a produção de textos jurídico-normativos deve se orientar pela ampliação da participação popular. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 24.)

[380] A legitimidade dos indivíduos decorreria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, a legitimação para agir ultrapassa a técnica proprietária, pois, muitas vezes, o cerne do pedido, não se centra no ressarcimento. Este pedido pode abranger, também: a recomposição; a cessação das práticas prejudiciais ou ilícitas; a obrigatoriedade de que o proprietário exerça adequadamente suas prerrogativas e dê a adequada destinação ao imóvel. Em todos os casos, pode-se estar diante da satisfação de uma necessidade coletiva que apenas beneficiará o requerente indiretamente. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. I. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316-317; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 45 e 170; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 133.)

[381] Para uma análise destes instrumentos, notadamente, do imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo: COSTA, Igor Sporch da. *A progressividade...*

Estes instrumentos não abrangerão todo o território municipal. Ao contrário, eles somente abarcarão áreas previamente definidas no plano diretor[382]. Além disso, estes instrumentos devem[383] ser aplicados "sucessivamente"[384] e são instituídos por lei específica, decorrente do citado plano, e aplicar-se-iam nas hipóteses de "solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado".

[382] Esta restrição espacial de sua aplicação gerou críticas aos instrumentos. Segundo estas críticas, eles prejudicariam áreas favelizadas e, também, fomentariam o descumprimento da função social nas áreas excluídas de sua incidência.
Porém, ambas as críticas não se sustentam quando se realiza uma interpretação sistêmica do Estatuto da Cidade. Em relação ao primeiro ponto, tem-se que os instrumentos não prejudicariam áreas de favelas, nem gerariam a expulsão das pessoas que vivem nestes locais, ou em áreas degradas ou naquelas desprovidas de infraestrutura urbana. Estas áreas se caracterizam pelo aproveitamento do solo em parâmetros superiores àqueles permitidos pelas leis urbanísticas, o que afasta a incidência destes instrumentos. Além disso, os moradores destas áreas ao destinarem-nas para fins de moradia, atendem ao direito à cidade, já que o primeiro direito fundamental está inserido no interesse público urbanístico.
Ademais, o Estatuto da Cidade prescreve que nos casos acima mencionados apliquem-se instrumentos de regularização fundiária como, por exemplo, a caracterização destas áreas como Zonas de Espacial Interesse Social. Neste último caso, flexibilizar-se-iam os índices e parâmetros urbanísticos, em conformidade a um plano urbanístico específico para aquela localidade e com assistência técnica de profissionais habilitados, nos termos das alíneas *f* e *r*, do inciso V, do artigo 4º do Estatuto da Cidade.
No que concerne à segunda crítica, tem-se que as áreas sobre as quais não incidam os citados instrumentos, ainda poderão ter o seu desenvolvimento ou adensamento fomentados. Nestes casos, a realização da função social poderá ser alcançada mediante a aplicação de outros instrumentos, como, por exemplo: o direito de preempção, nos termos do artigo 25, do Estatuto da Cidade; e a transferência do potencial construtivo, hipótese em que estas áreas poderiam ser definidas como receptoras deste acréscimo, conforme o artigo 35, do Estatuto.

[383] Conforme a redação do §4º, do artigo 182, da Constituição, poder-se-ia compreender que o Município teria a "faculdade" de instituir ou não os citados instrumentos. Porém, a leitura mais adequada do dispositivo é aquela que se sustenta na concretização.
Segundo esta construção, tem-se que: os Municípios possuem o "dever-poder" de instituí-los. Eles têm o "poder" de cria-los, porque têm o "dever" de realizarem o direito à cidade.
Assim, a discricionariedade municipal conferida pela Constituição se refere à definição das zonas de incidência dos instrumentos. Isto significa que eles serão aplicados nas áreas que tenham condição de suportar maior adensamento populacional, mas que sofrem os efeitos da retenção especulativa dos imóveis. (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: forense, 2006. p. 403; DERZI, Misabel de Abreu Machado. As alíquotas: conceito e funções: progressividade. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 298; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 180.)

[384] A aplicação sucessiva dos citados instrumentos está prescrita textualmente no §4º, do citado artigo 182, o que lhes confere um caráter procedimental que constitui uma garantia aos proprietários. Este caráter foi reafirmado, ainda que de forma difusa, pelo Supremo Tribunal Federal, conforme consta do Recurso Extraordinário n. 161.552-4/SP. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 161.552-4/MG*. Recorrente: Município de Salto. Recorrido: Vicente Chiafredo Donalisio e outros. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID =213826>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

2.3.4.2.1 A regulamentação dos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição

Estes instrumentos foram regulamentados pelos artigos 5º a 8º, do Estatuto da Cidade, os quais prescrevem os procedimentos a serem observados na sua aplicação. Dessa forma, exigia-se a definição dos casos de "não-edificação", "não-utilização" e "subutilização"[385].

Embora o Estatuto da Cidade não tenha definido o que significa "não edificado" e "não utilizado", a apreensão dos seus conteúdos é clara, em razão da partícula negativa. Assim, pode-se afirmar que imóvel "não edificado" é aquele desprovido de construções, o que

[385] Prescrevem os artigos 5º a 8º, do Estatuto da Cidade: "Art. 5º – Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. §1º – Considera-se subutilizado o imóvel: I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente; II – (Vetado) §2º – O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis. §3º – A notificação far-se-á: I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração; II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I. §4º – Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a: I – um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente; II – dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento. §5º – Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo. Art. 6º – A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos. Art. 7º – Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no §5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. §1º – O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. §2º – Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º. §3º – É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo. Art. 8º – Decorridos 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. §1º – Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano. §2º – O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o §2º do art. 5º desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. §3º – Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos. §4º – O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. §5º – O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. §6º – Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do §5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei".

impossibilita a sua utilização para atender a uma das finalidades urbanas que poderiam ser realizadas naquela zona. Este é o caso dos imóveis vagos para fins de especulação imobiliária.

Imóvel "não utilizado", por sua vez, é aquele que, apesar de edificados, não é empregado por seu proprietário em nenhuma das atividades urbanas que deveriam ser realizadas naquela zona. Esta possibilidade poderia ser ilustrada pelas casas abandonadas.

O texto legislativo do Estatuto da Cidade aprovado pelo Congresso Nacional, definiu no §1º, do artigo 5º, o significado de "subutilização". Este abrangeria duas hipóteses: os imóveis "cujo aproveitamento" fosse "inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente"; a utilização em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental. Porém, este último inciso foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que: o inciso I se referia ao não atendimento do interesse público, enquanto o inciso II se referia ao uso ilegal do imóvel. Assim, segundo o Presidente, constituir-se-ia caso de inconstitucionalidade atribuir a ambas as condutas as mesmas consequências jurídicas[386].

Este veto não foi derrubado pelo Congresso e, portanto, no Brasil, os imóveis subutilizados são aqueles que possuem uma edificação, cujos parâmetros e índices construtivos e urbanísticos são inferiores àqueles definidos pela legislação local. Por exemplo: os lotes que têm área inferior àquela definida para a zona em que eles se situam; os lotes que apresentam área de permeabilidade menor do que a definida nas leis de zoneamento, uso e ocupação.

Assim, estes instrumentos não se aplicam: aos casos de edificações que extrapolem estes índices; aos casos de descumprimento de quaisquer outros textos jurídico-normativos de direito urbanístico. Nesta última hipótese seriam aplicadas, por exemplo, sanções urbanísticas municipais ou decorrentes de determinação judicial, como, a demolição da edificação[387].

Conforme o procedimento instituído pelo Estatuto da Cidade, após a criação da lei específica e a apuração dos imóveis que estejam em dissonância à função social, o Município notificará o proprietário, enfiteuta ou possuidor dos citados imóveis, sobre o descumprimento

---

[386] Conforme a Mensagem de Veto n. 730, de *10 de julho de 2001*: "Razões do veto: 'O inciso II do §1º do art. 5º do projeto equipara ao imóvel subutilizado aquele 'utilizado em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental'. Essa equiparação é inconstitucional, porquanto a Constituição penaliza somente o proprietário que subutiliza o seu imóvel de forma a não atender ao interesse social, não abrangendo aquele que a seu imóvel deu uso ilegal, o qual pode, ou não, estar sendo subutilizado.
Vale lembrar que, em se tratando de restrição a direito fundamental – direito de propriedade –, não é admissível a ampliação legislativa para abarcar os indivíduos que não foram contemplados pela norma constitucional".

[387] A conjugação destas noções permite afirmar, portanto, que nem sempre os imóveis não edificados descumprirão a função social. Um lote vago atenderá ao princípio quando ele se destina a atividades urbanas que, conforme as leis aplicadas ao local, não necessitem de edificações permanentes, como por exemplo, as áreas para instalação de espetáculos móveis ou parques de diversão itinerantes. Da mesma forma, um imóvel edificado pode não estar adequado à sua função social por se encontrar desabitado, ou não atender aos aludidos parâmetros mínimos de aproveitamento.

da função social. Esta notificação será averbada no Cartório de Registros de Imóveis, conforme prescreve o item 18, do inciso II, do artigo 167 da Lei de Registros Públicos, com redação dada pelo artigo 57 do Estatuto da Cidade[388]. A citada averbação denota, portanto, o nascimento de uma obrigação *propter rem* – uma obrigação instituída "em razão da coisa" – que acompanha o imóvel urbano, mesmo quando este é transmitido a terceiros, conforme comprova, por exemplo, §6º, do artigo 8º, do Estatuto da Cidade.

A partir do recebimento da notificação, o proprietário, enfiteuta ou possuidor, terá o prazo de um ano para protocolizar o projeto de parcelamento e/ou de edificação. Com a aprovação do projeto, os citados sujeitos terão o prazo de dois anos para iniciar as obras do empreendimento. Porém, excepcionalmente, conforme definido pela lei municipal específica, nos empreendimentos considerados de grande porte, poder-se-á prever "a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo".

Se estas determinações não forem atendidas, o Município instituirá o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, nos termos do artigo 7º, do Estatuto da Cidade. Esta progressividade se caracteriza pela majoração anual da alíquota em, no máximo, "duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento". Este instrumento será aplicado por cinco anos até que se cumpra a obrigação.

Porém, se o proprietário, enfiteuta ou possuidor não atender à citada obrigação, o Município realizará a desapropriação do bem[389]. Esta desapropriação urbanística difere das

---

[388] Prescreve o item 18, do inciso II, do artigo 167, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973: "Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. (...) II – a averbação: (...) 18) da notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de imóvel urbano".

[389] O §2º, do artigo 7º e o *caput* do artigo 8º, do Estatuto, se interpretados literalmente, podem levar à compreensão de que o Município teria uma opção discricionária entre desapropriar o imóvel ou manter a cobrança do imposto extrafiscal. Porém, o processo de concretização ínsito ao discurso de aplicação produz outro resultado.
Adotando-se esta exegese, tem-se que, mais uma vez, o vocábulo "poderá" deve ser interpretado como "deverá" – o Município tem o "poder" de desapropriar, porque tem o "dever" de realizar o direito à cidade. A extrafiscalidade que caracteriza esta forma de aplicação do imposto fundiário municipal não se destina ao aumento das receitas municipais, mas ao cumprimento da função social.
Admitir que o Município possa ultrapassar o prazo de cinco anos configuraria: uma hipótese de desvio de finalidade. Afinal, o citado escopo seria intencionalmente atrasado, configurando-se uma hipótese de confisco, devido à carência de legitimidade da medida.
Além disso, em razão da natureza procedimental do conjunto destes instrumentos, tem-se que a desapropriação se constitui como uma garantia para o proprietário e para os não-proprietários. Assim, uma vez que se finde o prazo de cinco anos de cobrança do imposto progressivo, deve ser iniciado o processo de desapropriação, cabendo ao sujeito passivo, durante o trâmite da ação, até a efetiva imissão provisória na posse do Município, arcar com o pagamento da obrigação tributária. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 256; BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 327; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 332-333; AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 592.)

demais, pois, a indenização se dará mediante títulos da dívida pública. Além disso, a emissão destes títulos dependerá de aprovação do Senado[390]. Outrossim, conforme o artigo 8º, do Estatuto, estes títulos serão resgatáveis "em dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurando o valor real da indenização e os juros legais de 6% (seis por cento) ao ano".

2.3.4.2.2 Os graus de descumprimento da função social

A doutrina brasileira difundiu a tese de que a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública é uma penalidade, empregando a denominação "desapropriação-sanção" para designá-la. O fundamento desta designação é, incialmente, a forma de pagamento da indenização – em títulos públicos, resgatáveis em dez anos[391]. Todavia, esta hipótese de pagamento da indenização também é admissível no caso de imóveis rurais que não estejam destinados, na prática, a uma função social[392], sem que se tenha difundido, com a mesma intensidade, neste caso, esta mesma denominação.

---

[390] O expediente de controle da emissão de títulos municipais pelo Senado insere-se na tradição jurídica brasileira como um dos meios de controle financeiro que objetivam evitar um aumento da dívida pública e a insolvência dos Municípios. (LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 101). Na atual sistemática jurídico-constitucional brasileira, esta autorização do Senado se dará por meio de Resolução. O procedimento para expedição destes atos está prescrito nas Resoluções n. 40, de 20 de dezembro de 2001, e n. 43, de 21 de dezembro de 2001. A primeira Resolução foi alterada pelas Resoluções n. 05, de 03 de abril de 2002, e n. 20, de 05 de junho de 2002. A atual redação da segunda Resolução foi determinada pelas seguintes Resoluções: n. 19, de 05 de novembro de 2003; n. 32, de 12 de julho de 2006; n. 40, de 15 de dezembro de 2006; n. 29, de 25 de setembro de 2009; n. 36, de 11 de novembro de 2009; n. 08, de 07 de abril de 2010; n. 10, de 29 de abril de 2010; n. 45, de 31 de agosto de 2010; n. 19, de 22 de dezembro de 2011; n. 21, de 18 de julho de 2012; n. 10, de 04 de abril de 2013; n. 05, de 28 de abril de 2014; n. 02, de 28 de maio de 2015; e n. 17, de 11 de novembro de 2015.
Em linhas gerais, o Município deve apresentar seu requerimento ao Ministério da Economia que o encaminhará ao Senado Federal. Tanto o Ministério quanto o Senado verificarão se o Município preenche os requisitos formais para a realização do pedido, como, por exemplo, se ele possui plano diretor e a lei específica que define as zonas de aplicação dos instrumentos. Também serão analisados elementos financeiros, como, por exemplo: as previsões de receitas e despesas presentes e futuras; e a capacidade de endividamento do Município – o montante da dívida consolidada e o seu lastro de pagamento.

[391] A adoção da denominação "desapropriação-sanção" pode ser encontrada em Perlingieri. Segundo ele, o que caracterizaria esta identificação seria a forte limitação ao valor da indenização ou a inexistência deste dever de indenizar. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 30. Em sentido aproximado, Pugliatti compreendia que esta modalidade de desapropriação indicaria que a propriedade estaria submetida a uma condição resolutiva. Para maiores informações: PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 267 e 118.)

[392] Prescreve o artigo 184, da Constituição da República: "Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. §1º – As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. §2º – O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. §3º – Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial

Outra razão para esta denominação decorre da redação do §4º, do artigo 182, da Constituição que prescreve que o proprietário deverá atender a função social do imóvel urbano "sob pena de" se empregarem os três instrumentos acima mencionados. Adotando-se o método concretista inerente ao discurso de aplicação, porém, a citada expressão apresentaria dois significados possíveis. Pelo primeiro, ela indicaria o sentido de penalidade por um ato ilícito, pelo segundo, ela indicaria uma consequência jurídica decorrente da prática de um ato que, embora lícito, é indesejado.

O primeiro significado, porém, apresentar-se-ia incompatível ao ordenamento jurídico brasileiro. Se a desapropriação por descumprimento da função social urbana possuísse um caráter de penalidade, não haveria razão para que houvesse o pagamento de indenização. Afinal, indenizar significa reparar aquele que sofreu um dano e não premiar aquele que cometeu um ilícito. Além disso, se o Município deve indenizar o proprietário é porque: a conduta do proprietário não pode ser considerada ilícita, ainda que prejudicial; o Município causou um prejuízo ao proprietário, uma vez que reduziu a sua esfera de direitos[393].

A incompatibilidade desta denominação e da identificação da expressão "sob pena de" como designadora de que o §4º, do artigo 182 prescreveria penalidades pode ser analisada, ainda, em face do sistema jurídico tributário. O artigo 3º, do Código Tributário Nacional, prescreve, textualmente, que os tributos – e, por consequência, os impostos que são espécies tributárias – não poderão se constituir como uma "prestação pecuniária compulsória" imposta como "sanção de ato ilícito". Dessa forma, os tributos se distinguem das multas em razão de sua origem: os primeiros não são penas, enquanto as multas o são.

Assim, caso se compreendesse que a Constituição admitiu que um imposto possuiria caráter de penalidade[394], poder-se-ia afirmar que, de um lado, o artigo 3º do Código Tributário

---

de desapropriação. §4º – O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. §5º – São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária".

[393] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 167-168.

[394] Neste sentido, vide Hugo de Brito Machado, para quem: "A vigente Constituição Federal, entretanto, autoriza a instituição de um tributo que tem nítida natureza penal. É o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, com finalidade de obrigar o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a promover o seu adequado aproveitamento (CF, art. 182, §4º, II).
A rigor, o dispositivo constitucional pode ser interpretado como autorização apenas para a instituição de um tributo extrafiscal proibitivo. Mas não se pode negar que ele autoriza um tributo punitivo. Tudo fica a depender da lei federal que regular a matéria. Se o legislador federal autoriza um tributo com feição extrafiscal, não estará violando o preceito da Lei Maior; entretanto, se autorizar um tributo de natureza penal, pode ser entendido como expressa exceção ao que estabelece o art. 3º do Código Tributário Nacional ao definir tributo como prestação não decorrente de ato ilícito.
A Lei n. 10.257, de 10.7.2001, conhecida como *Estatuto da Cidade*, parece ter optado pela tributação penal, autorizando a cobrança do IPTU com alíquotas majoradas nos casos de infração da lei, como providencia a anteceder a desapropriação do imóvel pelo Município.

Nacional não foi recepcionado. Porém, como este conceito é a base da instituição de todos os tributos cobrados no Brasil, criar-se-iam dúvidas sobre a cobrança de todos eles, o que geraria insegurança jurídica.

Lado outro, poder-se-ia afirmar que a Constituição, no citado §4º, do artigo 182, excepcionou uma possibilidade de tributo com caráter de penalidade[395]. Porém, este raciocínio também não se mostraria adequado. Vários tributos, no Brasil, possuem natureza extrafiscal, sem que se afirme que a extrafiscalidade tenha natureza de pena, como se verifica, por exemplo, no caso dos cigarros, bebidas alcóolicas, importação, produtos industrializados, remessa de valores ou compras realizadas no exterior

Ademais, o imposto fundiário rural, também possui caráter progressivo em razão do descumprimento da função social, sem que se adote a expressão "sob pena de". Na verdade, o inciso I, do §4º, do artigo 153, prescreve que a progressividade terá por função "desestimular a manutenção de propriedades improdutivas". Logo, admitir que a progressividade é uma pena pelo descumprimento da função social urbana – mas que não o é no âmbito agrário – atribuiria consequências distintas ao mesmo fato, o que contrariaria a legalidade e a isonomia.

O segundo significado possível para a expressão "sob pena de" é aquele que identifica a sanção como uma consequência de uma conduta[396]. Neste sentido, o vocábulo "sanção" seria um gênero que teria por espécies: sanções positivas, as quais premiariam os indivíduos que agissem de forma consentânea à lei; sanções negativas, cujo objetivo é desestimular a prática de atos prejudiciais[397]. Entre estas últimas, estariam as penalidades e, também, os casos de aplicação extrafiscal de tributos, como seria o caso, por exemplo, da tributação ambiental e da progressividade extrafiscal dos impostos fundiários[398].

Assim interpretada, essa lei contraria o disposto no art. 3º do CTN, que define o tributo como prestação pecuniária que não constitua sanção de ato lícito. Sua validade, porém, pode ser sustentada com fundamento no art. 182, §4º, II, da vigente CF, que expressamente autoriza essa forma de tributação penal. Nem é necessário dizer que a Constituição prevalece sobre o Código Tributário Nacional". (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 87-88.)

395 Uma variante desta possibilidade seria compreender que a Constituição inseriu uma multa corporificada na progressividade. Porém, também esta possibilidade deve ser afastada. Para Misabel de Abreu Machado Derzi, as alíquotas são meros elementos quantitativos de determinação do valor devido a título de tributo, enquanto a progressividade no tempo é uma qualificação do imposto, que o instrumentaliza para fins de política urbana. Neste processo de instrumentalização, porém, as características da espécie tributária não seriam alteradas, o que afastaria a sobredita tese. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *As alíquotas...*, p. 289, 294-295 e 317.)

396 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 68-70.

397 PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 118.

398 "Caracterizar-se-á assim um verdadeiro contra-senso tributar atividades que produzem impactos ambientais ou a própria poluição ilícita e proibida, pois o objetivo da tributação ambiental é incentivar ou desestimular, por meio de instrumentos tributários, condutas ilícitas, pois a estas caberão a proibição e a penalização. Se as sanções não são capazes de coibir as atividades poluidoras ilícitas, o que dirá uma mera norma tributária para desestimulá-las.
(...)

Todos estes exemplos denotam o escopo da tributação extrafiscal. Objetiva-se, mediante a um "tributo extrafiscal proibitivo", gerar uma mudança de comportamentos que, apesar de lícitos, são considerados indesejados. Esta caracterização, portanto, diferencia as diversas formas de sanções negativas, afinal, se as condutas a serem evitadas fossem ilícitas, utilizar-se-iam as multas que são prestações pecuniárias compulsórias com caráter de pena[399].

Consequentemente, a adoção deste segundo sentido para a expressão "sob pena de" significa que a identificação doutrinária dos citados instrumentos às "penalidades" apresentaria uma forte carga retórica, mas que seria inadequada à Constituição[400]. Outra consequência desta adoção é o reconhecimento de que os imóveis "não edificados, não utilizados ou subutilizados" podem configurar-se como atos prejudiciais, sem, inserirem-se no rol de condutas ilícitas.

Não se devem associar tributos extrafiscais às sanções. O fundamento de ambos os institutos é essencialmente diverso. A sanção persegue erradicar uma conduta ilícita ou indevida por meio de um castigo, o tributo extrafiscal busca efetivar um mandamento constitucional que, algumas vezes, coincide com a supressão de uma conduta nociva à sociedade, mas não se trata de um ilícito, porque o tributo não castiga, apenas incentiva a procurar alternativas.

(...)

As sanções, as restrições ou as limitações administrativas são os instrumentos corretos para tratar das atividades ilícitas e proibidas, além de se caracterizar como instrumento mais severo e poderoso que os tributos". (AMARAL, Paulo Henrique do. *Op. cit.*, p. 127, 130, 136 e 139, 68-69, 133 e 137-138. Esta forma de compreensão da questão encontra-se melhor desenvolvida no âmbito do Direito Ambiental. Para mais informações: LOZANO, Juan Miguel Martinez. *Primera aproximación a los incentivos fiscales para la protección de las especies protegidas: el caso del Águila Imperial. Doc. 15/10*. Dirección General de Tributos. Madri: Instituto de Estúdios Fiscales, 2001; ROSEMBUJ, Tulio. *El impuesto ambiental*. Barcelona: Editorial El Fisco, 2009; MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. In: MOTA, Mauricio (coord.) *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 257-286; NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, Coimbra, a. 1, n. 4, p. 107-144, dez-fev. 2008; SOARES, Cláudia Alexandra Dias. A resposta do imposto ecológico. *Revista da ordem dos advogados de Portugal*, Lisboa, a. 61, p. 1105-1120, jul. 2001.)

399 "A natureza jurídica da sanção distingue-se, perfeitamente, da natureza jurídica do tributo extrafiscal 'proibitivo' porque:

Sanção é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, *diretamente*, um ato ou fato que a ordem jurídica *proíbe*.

Tributo extrafiscal "proibitivo": é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, *indiretamente*, um ato ou fato que a ordem jurídica *permite*. O *ilícito*, como elemento integrante da hipótese de incidência, é o *único* elemento que distingue, no plano jurídico, a *sanção* do tributo extrafiscal "proibitivo". Noutras palavras, somente fatos *lícitos* podem integrar a composição da hipótese de incidência da regra jurídica *tributária*". (Itálico no original) (BECKER, Alfredo Augusto. *Op. cit.*, p. 609-610.)

400 Para Isabel Vaz, inspirada em Duguit e na Constituição Alemã, o direito de propriedade, no Brasil, aliaria elementos neoliberais e outros relacionados ao Estado de Bem-Estar Social: a propriedade como um "direito fundamental e individual"; a propriedade como um "dever imposto ao titular". Porém, a análise conjunta dos diversos graus de descumprimento e dos elementos pragmáticos citados abranda esta concepção.

Realmente, as aludidas inspirações somadas às outras correntes teóricas apresentadas se mostram verdadeiras, mas, a prevalência do individualismo proprietário, contribui para privilegiar somente alguns aspectos da função social em detrimento de outros. Privilegia-se, por exemplo, o seu caráter de regulação das prerrogativas proprietárias e de ampliação da participação da iniciativa privada em diversas ações da política urbana. No entanto, infelizmente, isto não autoriza atribuir à função social a natureza de um "dever", nos termos em que este vocábulo é empregado pela técnica jurídica. Assim, prejudicam-se as ações de controle sobre o exercício destas prerrogativas e sobre a destinação do imóvel, o que pode ser comprovado pelo caráter ainda embrionário destas ações e discussões. (VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 16, 169, 228-230, 289 e 357.)

Esta segunda consequência quando analisada face aos demais casos de desatendimento da função social do imóvel urbano permite estabelecer uma gradação entre as diversas formas de descumprimento. Esta gradação é acompanhada, também, do escalonamento das consequências jurídicas do descumprimento, o que permite analisar o papel da função social urbana no discurso de aplicação.

A utilização do imóvel para "culturas ilegais de plantas psicotrópicas" ou para a "exploração de trabalho escravo", conforme o artigo 243, da Constituição, afronta de tal forma a dignidade humana que desnatura o direito de propriedade. A incompatibilidade da destinação do imóvel à função social é tão intensa que macula as garantias e as prerrogativas proprietárias, pois, estas foram exercidas de forma completamente dissonante à função social. Logo, a antijuridicidade da conduta do proprietário leva ao desaparecimento do direito de propriedade, razão pela qual o poder do proprietário sobre o imóvel é eliminado. Assim, aplica-se ao proprietário a consequência mais grave pela sua ação: a perda do bem sem qualquer ressarcimento, destinando-se o imóvel para "programas de habitação popular".

O descumprimento da legislação urbanística, como por exemplo, alguns casos de aproveitamento exacerbado do solo, ultrapassando os parâmetros urbanísticos municipais, caracteriza-se como ato ilícito. Neste caso, ainda que a destinação do bem seja incompatível com a zona ou as prerrogativas proprietárias tenham sido exercidas de forma exagerada, não há a desnaturação do direito de propriedade. Estas condutas são ilícitas, pois maculam os bens juridicamente protegidos e impedem a realização do direito à cidade, sem, porém, aniquilá-lo.

Assim, aplicam-se aos proprietários as consequências medianas por suas condutas, quais sejam, as diversas penas urbanísticas para recomposição dos bens juridicamente tutelados. Entre estas podem ser citadas, por exemplo, as multas, a interdição ou a demolição das edificações.

Nesta hipótese, portanto, o exercício exagerado das prerrogativas significa que o proprietário está se enriquecendo indevidamente, razão pela qual, ele não possui direitos ao acréscimo realizado. Portanto, os demais sujeitos não-proprietários – o que inclui os Entes Federados, notadamente os Municípios – podem exigir a aplicação das penas cabíveis para a recomposição da situação original, sem que o proprietário possa se valer, adequadamente, dos mecanismos jurídicos para proteger a sua pretensão ilícita.

Porém, a conduta dos proprietários de imóveis de que trata o citado §4º, embora não seja ilícita, é prejudicial à realização do direito à cidade. Neste caso, a destinação ou falta de destinação do imóvel significa que o proprietário empregou suas prerrogativas de forma inferior ao adequado. Esta situação pode ser corrigida, se ele alterar este comportamento.

Assim, conforme Pugliatti[401], a função social, no caso da não edificação, não utilização ou subutilização imporia um ônus ao proprietário. A sua conduta lícita e prejudicial é tolerada – aceita-se o dano que ele provoca[402] – mas, o ordenamento jurídico prescreve uma série de medidas para convencê-lo a alterar o seu comportamento[403].

As prerrogativas proprietárias, nesta última hipótese, são abaladas, sem, porém, serem eliminadas. Assim, o proprietário pode se valer dos mecanismos jurídicos para proteger o seu direito de propriedade. Ele pode, por exemplo, ajuizar ações possessórias e reivindicatórias, bem como ele tem direito a ser indenizado no caso de desapropriações – sejam estas desapropriações normais ou com pagamento em títulos da dívida pública[404]. Porém, se um terceiro, dá destinação ao bem de forma adequada configura-se para ele o direito de propriedade, podendo valer-se, para isso, da usucapião como forma aquisitiva do domínio, o que reforça a afirmação da prevalência da posse funcionalizada[405].

---

[401] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 21, 34 e 118-120.

[402] Dessa forma, tolera-se o desatendimento da função social de forma transitória, para que durante este período de descumprimento, a valorização dos imóveis estimule os indivíduos a investirem recursos para a edificação ou utilização adequada do bem. Como, porém, essa valorização decorre, além de outros fatores, da apropriação privada de uma série de gastos públicos invertidos para a criação de serviços e obras públicas, criou-se uma série de medidas voltadas a estimular o atendimento da função social.
Assim, pode-se afirmar que a tolerabilidade se insere como um caso especial do que Wanderley Guilherme dos Santos chama de "cálculo do dissenso". Isto é, a Constituição definiu um grau de desigualdade/prejudicialidade que seria aceito, durante um determinado período de tempo: "a taxa de injustiça, em favor da acumulação, que será socialmente tolerada". Ao mesmo tempo, ela criou medidas voltadas a estimular que estes casos fossem corrigidos. (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 125-127.)

[403] Logo, os instrumentos do §4º, do artigo182, da Constituição, se inseririam na tendência de substituição da atuação estatal impositiva por mecanismos de incentivos/desincentivos, próximo à concepção de "*soft law*". (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 42.)

[404] Esta afirmação é corroborada, ainda, pelo artigo 46, do Estatuto da Cidade, que prescreve a figura do consórcio imobiliário: "Art. 46 – O Poder Público municipal poderá facultar ao proprietário de área atingida pela obrigação de que trata o caput do art. 5º desta Lei, a requerimento deste, o estabelecimento de consórcio imobiliário como forma de viabilização financeira do aproveitamento do imóvel. §1º – Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio da qual o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas. §2º – O valor das unidades imobiliárias a serem entregues ao proprietário será correspondente ao valor do imóvel antes da execução das obras, observado o disposto no §2º do art. 8º desta Lei".
Uma das justificativas do consórcio imobiliário estaria no Teorema de Coase. Segundo este fundamento, os proprietários que pudessem cumprir a função social a um custo reduzido, atenderiam a determinação. Todavia, aqueles que não pudessem fazê-lo, desincumbir-se-iam desta tarefa, por meio da transferência do imóvel, recebendo em contrapartida as devidas unidades habitacionais. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 64.)
No plano pragmático, porém, esta medida encontra óbices na carência de recursos públicos para realização das ações de política urbana, o que permite conjeturar que, provavelmente, os Municípios empregarão mecanismos de transferência destes empreendimentos à iniciativa privada, cuja legalidade é duvidosa. O ordenamento jurídico brasileiro autoriza a transferência da execução de obras públicas à iniciativa privada, cabendo ao Ente Público realizar os competentes pagamentos. No entanto, o risco que se conjetura não é a transferência desta execução, mas a transferência do imóvel em si.

[405] Neste sentido, a usucapião seria uma abertura da concepção brasileira de função social à orientação lockeana do trabalho como causa justificadora da apropriação privada dos bens. (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 53.)
Em sentido assemelhado, poder-se-ia dizer que o sistema jurídico criou um mecanismo por meio do qual se reduzem os custos de transação para o cumprimento da função social. Afinal, a usucapião transfere a propriedade sem ônus ao adquirente e garante a segurança jurídica das relações. Além disso, poder-se-ia

Em síntese, portanto, pode-se afirmar que existem três versões do descumprimento da função social às quais correspondem três espécies de consequências. O descumprimento da função social: quando é forte, descaracteriza o direito de propriedade; quando é mediano, gera a aplicação de penalidades urbanísticas; e, quando é brando ou fraco, atrai medidas públicas tendentes à modificação do comportamento do proprietário.

Assim, no caso dos descumprimentos forte e mediano não há que se falar na aplicação dos instrumentos prescritos no §4º, do artigo 182, da Constituição, mas na aplicação de outras sanções/consequências negativas. Nas duas primeiras hipóteses, as condutas dos proprietários ultrapassam o limite de tolerabilidade fixado constitucionalmente e, por isso, não haverá parcelamento ou edificação compulsórios. Os imóveis serão tributados pelas alíquotas normais, não se podendo falar em majoração extrafiscal. Não haverá desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em dez anos.

Percebe-se, portanto, que os instrumentos do §4º, do artigo 182, podem ser considerados ilustrações daquilo que Bobbio[406] chamou de "direito promocional". Este reuniria uma série de mecanismos de intervenção estatais que objetivam conduzir as atividades econômico-sociais dos atores privados. Assim, os Entes Púbicos não substituiriam estes atores, mas, estimulá-los-iam a agir ou a não agir de determinada forma[407], o que, pode ser comprovado

---

afirmar, também, que este mesmo mecanismo objetivaria garantir a prevalência do interesse da coletividade face ao interesse privado que contrasta com o primeiro. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 67; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 206-207; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 39-40 e 44.)

[406] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 71. No mesmo sentido: GUIMARAENS, Maria Etelvina. Instrumentos de garantia da função social da propriedade urbana: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de reforma urbana. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 129.

[407] "Há dois caminhos pelos quais o Estado pode limitar a esfera do deixar fazer: obriga a fazer (ou a não fazer) ações que, do contrário, seriam permitidas – este é o caminho da restrição coativa da liberdade de agir –, ou, então, estimular a fazer (ou a não fazer) ações que, não obstante isto, continuam sendo ações permitidas – e este é o modo pelo qual se exerce a função promocional".

Apesar desta possibilidade, deve-se ressaltar que para Bobbio, os mecanismos de incentivo/desincentivo não se caracterizariam como exemplos de sanções positivas/negativas. Para ele uma sanção seria uma "reação a uma ação normativa" – uma "ação conforme ou contrária a uma norma" – enquanto os citados mecanismos são instrumentos para obter ou impedir uma ação.

Porém, a distinção bobbiana se funda em ações realizadas em momentos distintos e desconsidera que a razão para a aplicação dos mecanismos promocionais é, também, uma ação ou inação do sujeito privado. Ademais, ele desconsidera que os prêmios e penas, além de serem uma resposta a uma ação, objetivam estimular ou impedir a prática da ação contrária não só pelo indivíduo, mas, também pelos demais. Isto pode ser ilustrado pelas noções de "prevenção especial" e "prevenção geral" desenvolvidas no âmbito do Direito Penal.

Logo, se o vocábulo "sanção" for considerado como "consequência por uma ação conforme ou desconforme ao direito", a distinção de Bobbio perde o sentido, o que produz duas consequências. Pela primeira, os citados mecanismos do §4º, do artigo 182, da Constituição, os prêmios e as penas se inserem como sanções – isto é, consequências – e como instrumentos promocionais.

Pela segunda, a concepção de controle social ligada ao direito se amplia. Ela abarca o controle tradicional, por meio da repressão e, também, passa a abarcar o direcionamento social, mediante as sanções premiais e os mecanismos de incentivo e desincentivo. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 72-73 e 79.)

pelo fato de que a desapropriação somente se realiza quando as demais medidas já se esgotaram[408].

Estes argumentos possibilitam conjeturar que a inserção da função social no Texto de 1988 seria uma tentativa – uma preparação[409] – para a transição do individualismo proprietário para a funcionalização da propriedade, nos termos fixados por Duguit. Todavia, este processo não se completou com a Constituição, notadamente pelo caráter conciliatório que marcou os trabalhos da Assembleia[410].

---

[408] Logo, estes instrumentos estão em consonância aos modelos de Intervencionismo estatal e Estado de Bem-Estar Social.

[409] Conforme Alfredo Augusto Becker, antes de o legislador considerar dada conduta como ilícita, deve analisar e preparar psicologicamente a população, possibilitando que a proibição almejada seja realmente efetiva. Nesta ótica, os instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição funcionariam como uma preparação da opinião pública para a normatividade conferida ao princípio da função social. Eles neutralizariam, paulatinamente, o individualismo proprietário, mediante a "reforma ou educação social", que, sem impedir, a iniciativa privada, possibilita a mudança comportamental. (BECKER, Alfredo Augusto. *Op. cit.*, p. 592.)

[410] A afirmação da prevalência do "individualismo proprietário" e da transição incompleta para a funcionalização nos termos duguitianos, pode ser comprovada pela comparação entre os §§4º e 5º, do artigo 1228, do Código Civil, e os artigos 183, da Constituição, e 9º a 14, do Estatuto da Cidade. A Constituição e o Estatuto da Cidade prescrevem os casos de usucapião especial urbana, a qual objetiva beneficiar indivíduos e populações pauperizadas que ocupam imóveis por mais de "cinco anos, ininterruptamente e sem oposição", em que a área ocupada por cada um tenha até duzentos e cinquenta metros quadrados. O Código Civil de 2002, no citado §4º, criou uma nova figura, segundo a qual, o proprietário poderia ser privado de um imóvel de grandes dimensões se este estivesse na "posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas" que tenham realizado benfeitorias consideradas "pelo juiz de interesse social e econômico relevante".
Dessa forma, tem-se que as descrições das hipóteses de aplicação de ambos os dispositivos são semelhantes. Todavia, no caso do Código Civil existem duas especificidades. O §4º prescreve que o imóvel seria "reivindicado", sem definir, porém, quem seria o Ente competente para fazê-lo. O §5º prescreve que: o juiz arbitraria uma "justa indenização" a ser paga ao proprietário; somente após o pagamento, a sentença seria hábil "para o registro do imóvel em nome dos possuidores". Entretanto, este último dispositivo não prescreve quem deverá arcar com a citada indenização.
O silêncio dos dispositivos do Código Civil possibilita duas interpretações. Pela primeira, a reivindicação seria um ato cogente, logo, ele somente poderia ser realizado por um Ente Público com competência para desapropriar o bem para empregá-lo em ações da política habitacional. Consequentemente, este Ente Público seria o responsável pelo pagamento da indenização, o que encontraria óbices na carência de recursos públicos destinados à política urbana.
Pela segunda, a reivindicação seria requerida pelos possuidores e seria determinada pelo juiz, o que cria duas possibilidades relativas ao pagamento da indenização. De um lado, ela deveria ser custeada por estes possuidores, hipótese em que a medida seria inviável, caso se tratasse de indivíduos pobres. Lado outro, o pagamento seria realizado pelo Ente Público acima mencionado, o que configuraria uma hipótese de afronta à Tripartição de Poderes, já que a discricionariedade administrativa seria exercida pelo juiz no exercício da atividade jurisdicional.
Independentemente da exegese adotada, tem-se que ambos os instrumentos devem ser compatibilizados, já que o Código Civil não revogou o Estatuto da Cidade e nem poderia fazê-lo, devido a este se constituir em lei especial, que regulamenta artigo constitucional. Assim, as únicas possibilidades de compatibilização são aquelas que restringem a aplicação do Código Civil para dois casos. No primeiro, o instrumento civilista se restringiria aos casos em que os beneficiários não sejam considerados pobres na acepção legal. No segundo caso, ele se restringira aos casos em que as áreas ocupadas individualmente forem superiores a duzentos e cinquenta metros quadrados. Entretanto, nesta segunda hipótese permaneceriam algumas possiblidades de colisão com as demandas coletivas de usucapião.
De qualquer forma, ao contrário do que afirmou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a figura criada pelo Código Civil não valoriza a função social, mas privilegia o individualismo proprietário. Ela assegura ao proprietário um direito à indenização pela propriedade desfuncionalizada, em detrimento da posse funcionalizada. Afinal, ele seria indenizado por um imóvel que ele perdeu ao não exercer as suas prerrogativas proprietárias.

Esta frustração reforça a permanência do individualismo proprietário – ainda que temperado – corroborando a afirmação de que a concepção constitucional de função social se aproxima do sentido desenvolvido pela doutrina católica. Isto é, os instrumentos do §4º, do artigo 182, seriam uma tentativa de convencer os proprietários a atenderem a função social[411].

2.3.4.2.3 Os óbices à aplicação dos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição

Se, no plano deôntico, os instrumentos do citado dispositivo constitucional se justificam por estimularem os proprietários a cumprirem a função social urbana[412], os argumentos apresentados indiciam alguns dos problemas que permeiam a sua aplicação. Estes óbices contribuem para que, no plano pragmático, reduzam-se as condições de efetividade destes mecanismos e, consequentemente, da função social e da realização do direito à cidade.

Os artigos 5º e 6º, do Estatuto, ao regulamentarem o inciso I, do §4º, do artigo 182, da Constituição, inseriu uma nova hipótese de aplicação do instrumento. Na Constituição, o instrumento se denomina "parcelamento ou edificação compulsórios", enquanto, o Estatuto da Cidade empregou outra dicção, "parcelamento, edificação ou utilização compulsórios".

Embora isto não constitui caso de inconstitucionalidade, pois, a citada adição está em consonância com o texto do citado §4º, ele pode explicar os problemas envolvidos na

---

Além disso, o instrumento civilista pode se constituir como um óbice à realização da política urbana, já que a indenização, na hipótese, é impactada pela sobredita carência de recursos. Outrossim, ele pode se constituir como um instrumento de fomento às práticas disfuncionais da esfera pública brasileira, já que alguns dos proprietários que estejam nesta situação poderão demandar ao Poder Judiciário e aos Municípios o pagamento da citada indenização em demandas envolvendo a usucapião especial urbana. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia...*, p. 101. Para maiores informações sobre a aplicação da usucapião especial urbana coletiva, inclusive sobre a possibilidade deste instrumento ser aplicado, excepcionalmente, no caso de áreas maiores de duzentos e cinquenta metros quadrados ocupadas individualmente: FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. *A usucapião...*)

411 Assim, em sentido semelhante àquele apontado por Duguit acerca da realidade argentina, pode-se afirmar que, no Brasil, o desenvolvimento da função social também se encontra defasado. As dificuldades para a realização da função social e as tentativas de incentivo para que os proprietários a atendam indicariam a lentidão da citada transição e a permanência do que o autor denominou de "*propriété-spéculation*" – "propriedade-especulação". Logo, se em termos dogmáticos, diluiu-se a importância da distinção entre as correntes que defendem que a propriedade "é" uma função social e aquelas que compreendem que a propriedade "tem" uma função social, pragmaticamente, esta distinção ainda se justificaria. As citadas dificuldades de realização indicariam as tentativas de, ao menos, considerar que a propriedade "tem" a citada função. (DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé...*, p. 150 e 164-165; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 78-79.)

412 Segundo Ronald H. Coase e Vasco Rodrigues, esta espécie de atuação dos Entes Públicos somente se justifica se voltados a estimular o comportamento dos sujeitos que podem eliminar as externalidades negativas ao menor custo de transação. (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 76-77; RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 46. Em sentido aproximado, Pugliatti acrescentou, ainda, a necessidade de que o mecanismo empregado fosse proporcional ao fim a ser realizado. Para maiores informações: PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 119-120.)

definição dos prazos para a efetiva utilização do imóvel. O Estatuto da Cidade, ao prescrever o "parcelamento, edificação ou utilização compulsórios", determinou que: o proprietário terá um ano para protocolizar o projeto de parcelamento ou edificação; dois anos para iniciar as obras. Entretanto, os citados dispositivos não fixam prazos para: o encerramento das obras; o requerimento da licença de ocupação do imóvel; e a sua efetiva utilização.

O silêncio do legislador federal infraconstitucional pode ser compreendido como uma decorrência do sistema federativo brasileiro: os Municípios seriam competentes para fixarem estes lapsos temporais. Outra possibilidade de explicação seria o caráter antieconômico de não finalização das obras, o que impediria as vendas das unidades, a circulação do capital e, consequentemente, o seu acréscimo[413].

Independentemente da causa, a falta a de explicitação deste elemento leva diversos Municípios a não fixarem os aludidos prazos. Consequentemente, isto fomenta que os proprietários iniciem as obras[414], mas não as terminem, o que contribui para a retenção imobiliária especulativa. Outra consequência decorre do encadeamento procedimental dos citados instrumentos, pois, sem a fixação de um termo para a efetiva utilização do imóvel é impossível aplicar os demais instrumentos prescritos na Constituição. Todavia, mesmo que o Município empregue uma exegese que possibilite esta aplicação – sem, porém, fixar o aludido termo – isto poderá ser objeto de discussão judicial.

No que concerne à progressividade extrafiscal do imposto fundiário municipal verificam-se quatro outros problemas, além daqueles mencionados quando se analisou o instrumento. O primeiro deles se refere à desatualização da planta de valores imobiliários, o que produz a desvinculação pragmática entre os valores inscritos nos cadastros municipais e aqueles realmente praticados no mercado[415].

---

[413] Entretanto este segundo aspecto deve ser relativizado, em razão: do comércio de imóveis em fase de construção, o que, no Brasil, chama-se, usualmente de "compra de imóveis na planta"; e do comércio imobiliário informal, como seria o exemplo dos loteamentos ilegais e da aquisição de habitações em favelas.

[414] A fixação do que se considera início das obras varia de um Município para o outro. Em alguns casos, isto abrange a realização das fundações da edificação, mas, em outros, a mera marcação das mesmas.

[415] Em linhas gerais, as "plantas de valores" são parte do Cadastro Imobiliário Municipal em que se encontra inscrito o valor venal dos imóveis – que, no plano deôntico, representam o valor de mercado dos bens. Elas se caracterizam pela divisão da base territorial municipal em setores, aos quais são atribuídos índices que, quando convertidos em pecúnia, determinam o valor dos imóveis. Estes valores se constituem na base de cálculo do imposto sobre o qual incidirão as alíquotas – que, no caso, são percentuais, a partir dos quais se define o *quantum debeatur*. Segundo Misabel de Abreu Machado Derzi, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 87.763/PI, decidiu que a definição do valor venal deve ser estabelecida em lei, admitindo-se que atos administrativos apenas apurem a correção monetária. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. Base de cálculo: conceito e funções. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.*, p. 266. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 93.661/SP*. Recorrente: Elzeário de Moraes. Recorrido: Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes. Relator: Min. Décio Miranda. Brasília, 06, de novembro de 1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br /paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=AC&docID=187156>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

O segundo problema se vincula ao primeiro: a fixação da alíquota máxima de quinze por cento. Conforme Aliomar Baleeiro, para que um tributo extrafiscal surta resultados, é necessário que possua caráter quase confiscatório, pois assim, os contribuintes se absteriam dos comportamentos prejudiciais. Neste sentido, o autor citou o caso argentino, em que o Poder Judiciário, desde 1950-1960, compreendeu que uma alíquota de trinta e três por cento como limite máximo à progressividade não feriria a Constituição e atingiria a finalidade que levou à instituição do tributo[416].

Assim, a desatualização da base de cálculo e a sobredita alíquota máxima podem fazer com que a progressividade extrafiscal não gere a mudança comportamental esperada. Afinal, conforme Adam Smith, Hayek e Amartya Sen: se a possibilidade de ganhos com a retenção especulativa compensar o pagamento do tributo progressivo, os proprietários preferirão pagá-lo a atender a função social.

O terceiro problema também se relaciona à questão do *quantum debeatur*. Se os valores apurados não condizem com a realidade do mercado, eles podem se constituir, na prática, como dívidas de pequeno valor, o que tornaria, *a priori*, antieconômico cobrá-los judicialmente. Assim, os Municípios acabariam por anistiar os devedores ou, então, parcelarem a dívida, para, assim, recuperar parte dos valores que poderiam ser perdidos.

No entanto, a anistia e o parcelamento, na hipótese de tributos extrafiscais, como é o caso em análise, constitui desvio de finalidade. Estas medidas, ao privilegiarem os aspectos financeiros, contrariam o interesse público específico, pois, o instrumento tributário se destina a fomentar a adequação do imóvel à função social e, portanto, contribuir para a realização do direito à cidade.

O último problema relacionado a este instrumento é a desvinculação das receitas provenientes de impostos, o que abrange a progressividade extrafiscal, nos termos do inciso IV, do artigo 167, da Constituição[417]. Esta desvinculação é um estímulo ao desvio de finalidade, já

Dessa forma, anualmente, dever-se-ia: apurar o valor de mercado dos imóveis; enviar o projeto de lei à Câmara Municipal para definir o valor venal dos imóveis; para, então, no início do exercício fiscal realizarem-se as citadas atualizações. No entanto, a falta de capacidade institucional municipal – a falta de recursos para realizar a apuração e a demora na tramitação de um projeto de lei desta espécie – tornam as plantas de valores desvinculadas da realidade.

[416] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações...*, p. 232-240. Em sentido aproximado, Ronald H. Coase afirmou que o valor do tributo deveria corresponder ao prejuízo causado pelo proprietário. (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 108.)

[417] Prescreve o inciso IV, do artigo 167, da Constituição da República: "Art. 167 – São vedados: (...) IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo".

que os Municípios podem empregar o tributo extrafiscal de acordo com uma lógica fiscal, o que impede a realização de sua finalidade.

Ademais, a desvinculação contribui para a carência de recursos destinados às ações de política urbana, fazendo-a competir com outras políticas públicas para a alocação de recursos. Isto obriga os diversos atores sociais que se dedicam à política urbana a intensificarem as suas ações para pautar o tema na esfera pública local e, assim, vincular pragmaticamente estes recursos[418]. Entretanto, a sua capacidade de interferência se mostra comprometida pela falta de acesso aos dados de arrecadação e despesas, bem como pela linguagem técnica aplicada, a qual, muitas vezes, dificulta a compreensão dos dados.

Esta carência de recursos constitui um dos elementos centrais dos problemas envolvendo a desapropriação em razão do descumprimento da função social urbana, pois ela dificulta o pagamento das indenizações. Esta dificuldade é aumentada pela desorganização e pela falta de capacidade dos municípios em gerirem seus próprios orçamentos. Acresce-se, ainda, o delineamento do sistema de distribuição de competências, pois, parte dos recursos municipais é vinculado constitucionalmente e uma outra parcela está comprometida com as contrapartidas necessárias à realização local das políticas públicas federais.

Este cenário é agravado, também, pela falta de importância atribuída à política urbana e pela permanência dos elementos disfuncionais da esfera pública brasileira. Estes dois elementos explicam a razão de vários Municípios não aplicarem os instrumentos do artigo 182,

---

Uma eventual vinculação de receitas, não descaracterizaria a natureza jurídica do tributo, pois, este elemento é um critério orçamentário e não de Direito Tributário. Conforme o artigo 16, do Código Tributário Nacional, os tributos não se vinculam a uma "atividade estatal específica" relacionada ao contribuinte. Isto é, um benefício percebido por ele. Não obstante, esta alteração somente seria passível se a Constituição fosse alterada neste aspecto, o que dificilmente ocorrerá.

No entanto, a vinculação destas receitas também apresenta riscos. Conforme Adam Smith, a criação de fundos específicos denota a incapacidade estatal de destinar recursos para ações consideradas necessárias. Além disso, a constituição de um fundo reduz a capacidade financeira municipal para investir em outras áreas, afinal, não há geração de receitas novas, mas a afetação de parte dos recursos existentes a uma dada finalidade.

Ademais, a criação de um fundo pode também contribuir para a carência de recursos: não se destinarão recursos para a política pública, sob o argumento de que já existem recursos específicos para isso, ainda que os mesmos sejam insuficientes. Enfim, o aumento de recursos nos fundos pode fomentar ações de ataques aos mesmos, como, por exemplo, alterar-se a legislação que o criou para admitir que os seus recursos sejam aplicados em outras ações. (SMITH, Adam. *A riqueza... v. 2*, p. 317-321.)

[418] Um dos mecanismos de atuação destes atores é o orçamento participativo. Este surgiu de experiências municipais como a de Porto Alegre e Belo Horizonte e foi inserido no Estatuto da Cidade, por meio do artigo 44 que prescreve: "Art. 44 – No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea *f* do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal".

Embora seja uma experiência democrática de gestão orçamentária, o instrumento, ao contrário do que muitos pensam, não abrange toda a elaboração do orçamento. Na verdade, uma pequena parcela dos recursos é objeto desta deliberação, o que, contudo, produziu efeitos positivos, como por exemplo: o fomento à participação popular; a alocação, em alguns casos, de recursos para atividades consideradas prioritárias pela população.

§4º, da Constituição, apesar de os mesmos estarem previstos em suas legislações urbanísticas. Este último fato pode ser comprovado pela inexistência de Resoluções do Senado Federal que versem sobre a autorização para a emissão dos títulos da dívida pública municipal para pagamento da desapropriação prescrita no inciso III, do citado §4º.

Há, ainda, outro problema relacionado à sobredita modalidade de desapropriação: a diferença entre a forma de cálculo prescrita pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade. A Constituição prescreve que o cálculo da indenização assegurará "o valor real da indenização e os juros legais". O Estatuto da Cidade, porém, prescreve que o valor da indenização considerará o valor venal do imóvel, empregando, para tanto, o valor inscrito nos cadastros municipais para cobrança do tributo fundiário municipal progressivo. Ademais, o Estatuto prescreve que não farão parte da indenização: as valorizações decorrentes de obras públicas realizadas após a notificação que criou a obrigação *propter rem*; as "expectativas de ganhos"; "os lucros cessantes"; e os "juros compensatórios"[419].

Conforme Mariza Sylvia Zanella Di Pietro[420], esta divergência torna grande a possibilidade de o dispositivo estatutário ser declarado inconstitucional, exatamente pelo fato de o valor venal inscrito nos cadastros municipais não refletir o valor de mercado. Segundo ela, o Supremo Tribunal Federal, no período de transição democrática, mas, ainda na vigência da Carta de 1969, analisou casos análogos, os quais se referiam, porém, à desapropriação para fins de reforma agrária. Nesta ocasião, a Corte declarou inconstitucional dispositivo legal que, como o Estatuto da Cidade, vinculava o valor da indenização à base de cálculo do tributo fundiário, já que o valor venal não corresponde ao valor real de mercado[421].

---

[419] Neste ponto, o Estatuto se aproximaria dos sistemas da Europa latina ocidental. Afinal, em consonância à divisão proudhoniana, poder-se-ia dizer que a indenização abarcaria o "*valeur intégrante et actuelle*" – "valor integrante e atual" –, mas, não o "*valeur de puissance et d'avenir*" – "valor de potência e futuro", decorrente das leis e intervenções urbanísticas materiais, (PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 85.)
Dessa forma, a medida solucionaria um dos problemas que Ricardo Bielschowsky verificou, ainda na década de 1950, para alterar as estruturas do regime fundiário brasileiro: o valor da indenização a ser paga para desapropriar propriedades que não atendessem a função social. Segundo ele, desde aquele período, no cálculo das indenizações não se descontavam as valorizações decorrentes de obras públicas. Isto somado ao dever de pagamento prévio e em dinheiro da indenização dificultava a desapropriação destas áreas. (BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro*: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004. p. 398. Em sentido aproximado, Rodotà acresce a este problema as dificuldades decorrentes da rigidez do processo de desapropriação. Para maiores informações: RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 407-408.)

[420] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 184.

[421] Neste sentido, vide a Resolução do Senado Federal n. 126, de 08 de novembro de 1985, bem como as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 99.849-7/PE*. Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Recorrido: Severino Floro de Lima e sua esposa. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de agosto de 1983. Disponível em: <http: //redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192267>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 100.045-7/PE*. Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Recorrido: Espólio de Adolpho Pereira Carneiro, representado pela inventariante Odete Pereira Carneiro. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de agosto de 1983.

A eventual confirmação da citada possibilidade de inconstitucionalidade confirmaria a importância do individualismo proprietário no discurso jurídico relacionado ao direito de propriedade. Afinal, ao *quantum debeatur* da indenização se acresceria a valorização decorrente das patrimonialização do solo urbano decorrente das leis urbanísticas[422]. Isto afastaria, portanto, o ordenamento brasileiro dos sistemas da Europa latina ocidental.

Ademais, segundo Vasco Rodrigues, empregar a desapropriação como mecanismo para estimular comportamentos nos proprietários possuiria uma reduzida probabilidade de gerar resultados satisfatórios. Segundo ele, a probabilidade de um imóvel "em concreto, ser expropriado é muito diminuta". Além disso, se o valor que se espera obter como indenização for superior ao preço que o proprietário conseguiria no mercado, ele não investiria no imóvel, para aumentar a probabilidade de ser desapropriado e os lucros decorrentes da especulação[423].

Pode-se mencionar, enfim, um último obstáculo à efetivação da função social por meio dos instrumentos do sobredito §4º, do artigo 182, da Constituição, o qual se relaciona aos prazos fixados pelo Estatuto da Cidade. Com base no que foi exposto sobre os prazos procedimentais de aplicação dos instrumentos e desconsiderando a fase judicial, ou a morosidade no processo administrativo, tem-se: um ano para o protocolo do projeto; dois anos para o início das obras; cinco anos de incidência da progressividade extrafiscal; e mais cinco para o adequado e efetivo aproveitamento do imóvel nos termos do §4º, do artigo 8º, do mencionado Estatuto. Somados estes prazos, tem-se que o período compreendido entre o início da utilização dos instrumentos e a realização da função social é de, no mínimo, treze anos.

Assim, todos estes argumentos demonstram os limites deônticos e pragmáticos dos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição, densificados nos artigos 5º a 8º, do Estatuto da Cidade. Estes limites, corroboram a afirmação da permanência do individualismo proprietário – em detrimento da realização do direito à cidade – como um dos elementos centrais da definição pragmática do regime jurídico proprietário urbano no Brasil. Além disso,

---

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192455>. Acesso em: 22 abr. 2016.

422 Dessa forma, este instrumento protegeria, em certa medida, os interesses especulativos, em detrimento da realização da função social. Ademais, segundo Rodotà, o expediente macularia a igualdade material, uma vez que conferiria o mesmo direito à indenização aos proprietários que deliberadamente praticam atos que impedem a efetividade do direito à cidade. Este último aspecto seria agravado pelas discussões acerca da indenização e a possibilidade de se equipararem as formas de apuração dos valores nas diversas modalidades de desapropriação urbanística. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 343-344, 364 e 416.)

423 RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 78-79. Em sentido oposto, Pugliatti reconheceu que a possibilidade de ser desapropriado poderia ser um meio de coerção psíquica para que os proprietários exercessem adequadamente suas prerrogativas e conferissem ao bem uma destinação adequada à função social. Para mais informações: PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 36 e 46.

eles demonstram as dificuldades para o atendimento do citado interesse público específico, o que denota a necessidade de se conjugar estes instrumentos aos demais prescritos pelo Estatuto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE I

Esta Parte teve como objetivos apresentar os impactos da nova forma de se compreender o interesse público sobre a propriedade e sobre a parte do sistema jurídico ocupada das relações jurídicas referentes à produção do espaço, notadamente do espaço urbano. Assim, o cumprimento destes objetivos possibilita extrair elementos para analisar os fundamentos do patrimônio público imobiliário urbano e a adequação de sua gestão a estes fundamentos.

No que concerne ao primeiro objetivo verificou-se que, desde o início da Idade Moderna, há uma relação simbiótica entre o direito de propriedade e o interesse público. De um lado, durante o liberalismo econômico e político: a propriedade foi concebida de forma monista, individualista e abstrata; e as instituições estatais foram pensadas para privilegiar a liberdade individual, a isonomia e a limitação dos poderes estatais como meio de proteger os indivíduos. Lado outro, as alterações na concepção de propriedade denotam a adaptabilidade deste direito e do capitalismo: ao intervencionismo e ao autoritarismo estatais; ao Estado de Bem-Estar Social; ao neoliberalismo; à radicalização democrática; e à prevalência dos direitos fundamentais.

Esta plasticidade do capitalismo e do direito de propriedade explicam a adaptação deste direito às atuais necessidades individuais e socioeconômicas. Isto é, à atual conformação do interesse público.

Nesse sentido, a pluralidade de regimes jurídicos é um elemento denotador desta adaptabilidade do direito de propriedade à evolução do interesse público. Esta multiplicidade decorre do reenvio constitucional ao legislador infraconstitucional para que este defina o regime jurídico aplicável a cada espécie de proprietário e a cada espécie de objeto passível de apropriação. Assim, sem fragilizar a garantia constitucional do direito de propriedade, ele é ajustado às atuais conformações socioeconômicas, de forma a possibilitar que o regime jurídico aplicável ao bem e às prerrogativas proprietárias possibilite a realização daquele desiderato[1].

Esta lógica também se faz presente na função social. Longe de objetivar a coletivização dos bens de produção, ela legitima a propriedade capitalista, mediante a definição do regime jurídico proprietário. Nesta definição, portanto, objetiva-se estimular que o

[1] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 70; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 300 e 315-316.

proprietário exerça suas prerrogativas de forma a extrair do bem todas as vantagens econômicas que ele pode proporcionar e, assim, beneficiar todo o grupo[2].

Este escopo se faz presente em todas as concepções teóricas analisadas. De Locke e a justificativa da propriedade por meio do trabalho à Coase e a internalização das externalidades negativas. De Duguit e a afirmação do dever de propriedade, à doutrina social católica e a admoestação moral de exercício do direito de propriedade conforme sua destinação universal.

Em relação ao segundo objetivo, verificou-se que a atual forma de disciplinar juridicamente a produção espacial e o surgimento dos novos ramos do direito ocupados desta função são fruto da evolução da sociedade e do surgimento de novos problemas sociais. Se estes problemas estavam na periferia dos temários das esferas públicas nacionais, com o passar do tempo, eles alcançaram a centralidade dos debates realizados neste âmbito e originaram as ações de Ordenação Territorial e a autonomização do Direito Urbanístico.

Posteriormente, estes temas se tornaram centrais, também, na esfera pública global, o que indica: uma tendência de crescimento da importância destas questões; e a necessidade de se buscar novas formas de atuação nestas áreas. Esta última indicação se relaciona, portanto, à construção de mecanismos e instrumentos aptos a adequar a atuação dos Entes Públicos às novas conformações do interesse público, o que reforça a vinculação entre as citadas formas de atuação e esta categoria jurídica.

Estas afirmações podem ser ilustradas a partir da análise dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental e da sua comparação com o sistema jurídico brasileiro. Todos estes sistemas reconhecem: o direito de propriedade como um direito fundamental; a multiplicidade de regimes jurídicos proprietários decorrentes do reenvio constitucional; a função social como elemento definidor das prerrogativas proprietárias e da destinação a ser dada ao imóvel urbano.

No entanto, considerando quatro critérios taxonômicos, os sistemas da Europa latina ocidental podem ser segmentados em duas matrizes: a franco-portuguesa e a ítalo-espanhola. Ambas influenciaram o sistema brasileiro e contribuem para a sua compreensão,

[2] A função social se justificaria com base na concepção smithiana, pois, em última análise, o adequado exercício das prerrogativas e a destinação do imóvel fomentariam o círculo virtuoso: aumento da produção; sua circulação; e o aumento do consumo que estimularia a produção. Assim, a função social se ligaria à conservação e ao desenvolvimento da sociedade capitalista e, ao mesmo tempo, dos indivíduos que a compõem. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 103 e 105.). Esta, aliás, é a orientação de Amartya Sen, para quem a ênfase nas mercadorias – bens/imóveis – escamoteia a importância do funcionamento – a utilidade/destinação – destas mercadorias não somente para a melhoria da vida dos indivíduos, mas de toda a coletividade. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 40. No mesmo sentido: RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 57. Em sentido aproximado: PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 107-108.)

embora exista uma pequena prevalência da última matriz, em razão de fatores teóricos, sócio-históricos ou de questões pragmáticas decorrentes das disfunções da esfera pública brasileira.

Assim, neste momento, as pesquisas em direito comparado privilegiaram as discussões sobre a disciplina da ordenação espacial. Isto é, relação entre o ordenamento do território e o direito urbanístico.

Na matriz franco-portuguesa a ordenação do território é reconhecida como uma política pública que abrange o território como um todo e, além disso, há elementos que subsidiam discussões quanto ao caráter autonômico da disciplina jurídica que regula esta matéria. Os ordenamentos jurídicos que compõem esta matriz adotam denominações semelhantes para identificar a disciplina jurídica do urbanismo, embora, na França, o caráter autonômico desta disciplina esteja mais consolidado do que em Portugal[3]. Além disso, ambos os ordenamentos jurídicos convergem quanto à finalidade do *Droit de l'Urbanisme/Direito do Urbanismo,* pois, ambos reconhecem que esta disciplina jurídica tem por finalidade regular a utilização do solo para fins urbanísticos.

Na matriz ítalo-espanhola, a importância do regramento jurídico da ordenação do território e a sua coordenação é mais recente do que no caso anterior, consequentemente, as discussões quanto a autonomia da disciplina jurídica que regula esta matéria é, ainda, incipiente. Itália e Espanha designam de forma semelhante a disciplina jurídica do urbanismo – *Diritto Urbanístico/Derecho Urbanistico* – reconhecendo-o como um ramo autônomo e que ocupa papel central na ordenação territorial. Ambos os Estados convergem, também, quanto à finalidade desta disciplina jurídica, hipótese em que se aproximam da matriz franco-portuguesa.

O sistema brasileiro adotou denominação semelhante àquela da matriz ítalo-espanhola para designar a disciplina jurídica do urbanismo e se inspirou na *Ley del Suelo* espanhola de 1992, para definir os principais princípios jurídicos desta disciplina. A finalidade da disciplina brasileira converge àquelas existentes em ambas as matrizes, isto é, a realização do direito à cidade.

Dessa forma, no Brasil, o direito à cidade abrange o binômio: participação e acessibilidade. O primeiro elemento significa a participação dos indivíduos no processo decisório de produção/ordenação espacial para lhes permitir: vivenciar este espaço; integrarem-se na comunidade; e, sentirem-se retratados na e pela paisagem urbana. O segundo elemento se vincula ao acesso à terra urbana, à infraestrutura, às redes de serviços públicos e privados, aos

[3] Em Portugal, há uma identificação entre o Direito do Urbanismo e o Direito da Ordenação do Território, já que o regramento de ambas as disciplinas consta de um único texto jurídico-normativo.

equipamentos urbanos e às condições sociais, ambientais e econômicas. Assim, objetiva-se possibilitar que os indivíduos possam atribuir um significado à cidade.

Em conformidade a esta definição, no Brasil, o Direito Urbanístico objetivo pode ser compreendido como o conjunto de textos jurídico-normativos e de normas de decisão cujo objeto são as relações jurídicas decorrentes da produção/ordenação do espaço dirigidas à realização do direito à cidade. Como ciência, é o ramo do Direito que expõe, sistematiza e interpreta, os citados textos-jurídicos normativos e as mencionadas normas de decisão.

No entanto, o sistema brasileiro se diferencia dos sistemas da Europa latina ocidental no que se refere à ordenação territorial global. Embora, a Constituição brasileira prescreva um sistema de planejamento territorial, os Entes Públicos não se dedicam à realização destas atividades. Assim, as ações estatais se caracterizam pela pulverização e pela falta de sistematicidade, o que dificulta a efetividade das ações estatais nesta matéria[4] e torna os Municípios os principais atores públicos da ordenação territorial. Ademais, isto torna o Direito Urbanístico o principal meio de atuação nesta matéria, a qual, porém, restringe-se à área inserta no perímetro urbano.

A matriz franco-portuguesa é caracterizada pela ausência de previsão constitucional da função social e as Constituições italiana e espanhola prescrevem-na textualmente. Porém, se as matrizes se diferenciam em relação a esta previsão textual, elas se aproximam quanto ao papel da função social: ela conforma as prerrogativas proprietárias, mas, não pode eliminá-las. A eliminação destas prerrogativas gera para o proprietário o direito de ser indenizado, ainda que este direito se sustente, em cada ordenamento jurídico, em argumentos e fundamentos jurídicos diversos.

A Constituição brasileira, em conformidade à matriz ítalo-espanhola, prevê textualmente a função social. Em consonância a ambas as matrizes, reconhece-se, também, que a função social conforma as prerrogativas proprietárias contribuindo para a patrimonialização deste direito, nos termos vigentes na Espanha.

Também se reconhece que a conformação não pode eliminar as prerrogativas, pois isto denotaria que um proprietário suporta o peso de realização do direito à cidade de forma mais intensa que os demais – em consonância à orientação francesa. Ademais, se a conformação

[4] Além de outros aspectos, a carência destes planos não indica, em regra, uma carência de diagnósticos, mas, a não utilização destes levantamentos para a formulação das diversas ações e políticas públicas. A consequência disto é, conforme Wanderley Guilherme dos Santos, a criação de medidas sem pretensão de solucionar os problemas apontados, já que as ações formuladas não descrevem, na maioria das vezes, os desequilíbrios que se pretendem corrigir. Isto dificulta a formulação de mecanismos de controle adequados; bem como o redirecionamento das ações. (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 44.)

extrapola o citado limite, os vínculos criados passam a ter natureza expropriatória – em conformidade à orientação italiana.

Porém, no caso brasileiro, a função social encontra óbices à sua realização. Eles pragmaticamente, em muitos casos, reduzem sua carga normativa e a aproximam de uma obrigação moral imposta ao proprietário, semelhante à orientação da doutrina social católica. Isto pode ser exemplificado pelos casos de descumprimento da função social e os instrumentos voltados a coibir esta prática, uma vez que, a não edificação, a não utilização e a subutilização são considerados atos lícitos prejudiciais que devem, portanto, ser desestimulados.

Todas estas análises permitem realizar duas constatações. A mais evidente se relaciona à contraposição, no Brasil, entre os planos deôntico e pragmático o que corrobora a afirmação de que a função social e o direito à cidade têm encontrado óbices à sua realização. Alguns destes óbices decorrem de questões relacionadas à conformação dos textos jurídico-normativos, mas, a maior parte deles decorre de problemas ligados à aplicação destes textos, à falta de capacidade institucional, à carência de recursos públicos e à pouca importância atribuída à matéria urbanística[5].

A outra constatação, no entanto, alia elementos pragmáticos e teóricos. O Direito Urbanístico brasileiro, notadamente o Estatuto da Cidade, foi construído sob dois pilares: funcionalizar a propriedade privada; direcionar as ações urbanísticas dos Entes Púbicos, principalmente do Municípios. No entanto, verifica-se que, no Brasil, a teoria, a prática e, em certa medida, a lei privilegiam somente o primeiro pilar, relegando, ao segundo plano, uma parte fundamental do direito à cidade.

Isto se explica pela prevalência do individualismo proprietário, que leva a se identificar o controle público do solo e a regulação da atividade dos proprietários como os problemas fundamentais da política urbana brasileira. No entanto, esta identificação é incompleta, pois, não identifica todas as razões para o aludido controle.

Estas mesmas observações se aplicam às teorias da função social, pois, todas elas foram formuladas para serem aplicadas à propriedade privada. No entanto, um aspecto destas teorias costuma não ser percebido. Embora elas sejam construídas para a propriedade privada,

---

[5] Segundo Chantal Mouffe, estas contraposições seriam os resultados dos antagonismos entre interesses conservantistas e progressistas que buscam hegemonizar-se e, dessa forma, serem compreendidos como adequados ao interesse público. Contudo, embora estes resultados nem sempre possam ser considerados emancipatórios – resultados que, de fato, realizem os direitos fundamentais –, as disputas, em si, indicam aspectos importantes. Elas indicam condições de possibilidade quanto à produção dos citados resultados emancipatórios e, ao mesmo tempo, elas apontam para aspectos que ainda não estão maduros para serem alterados – o qual exigirá maior atuação dos diversos atores sociais envolvidos. (MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 278; LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 278 e 313. Em sentido semelhante: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 106-107; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 452.)

os seus formuladores, em muitas vezes, exemplificam-nas com casos envolvendo imóveis pertencentes aos Entes Públicos.

Assim, as conclusões dos dois objetivos desta Primeira Parte e as considerações apresentadas sobre eles fornecem elementos que possibilitam analisar os fundamentos do patrimônio público imobiliário urbano e a adequação de sua gestão a estes fundamentos. Isto se torna mais evidente quando se analisa a relação de densificação entre o interesse público, o direito à cidade e a função social urbanística. A regulação jurídica da produção do espaço urbano objetiva realizar um sentido específico do interesse público: o direito à cidade. Ao mesmo tempo, a função social urbanística é a densificação desta versão do interesse público no regime jurídico proprietário.

PARTE II – A PROPRIEDADE PÚBLICA URBANA COMO FUNÇÃO SOCIAL: OS IMOVEIS PÚBLICOS E O EXERCÍCIO DAS PRERROGATIVAS PROPRIETÁRIAS PÚBLICAS COMO MEIOS DE REALIZAR O DIREITO À CIDADE

Quatro categorias foram desenvolvidas na Parte anterior: interesse público; direito à cidade; função social; e multiplicidade de regimes jurídicos proprietários. A inter-relação ente elas fornecem os principais elementos para analisar o atual fundamento jurídico para que os Entes Públicos sejam titulares de imóveis públicos urbanos. Assim, a definição deste fundamento justifica a citada relação jurídica de pertença e, ao mesmo tempo, fixa alguns dos elementos essenciais para reconfigurar a gestão dos imóveis públicos urbanos.

As três primeiras categorias estão em uma relação de densificação que envolve duas séries de encadeamentos. Pelo primeiro: a função social urbanística é o fim do regime jurídico dos bens imóveis urbanos; o direito à cidade é o fim do direito urbanístico; o interesse público – ou a realização dos direitos fundamentais – é a finalidade a ser perseguida pelo Estado e pelo direito. Assim, há uma relação de círculos concêntricos que, em ordem crescente reconhece que: a função social urbanística é uma densificação do direito à cidade e este é uma densificação do interesse público. Pelo segundo encadeamento, existe uma relação de meio e fim, segundo a qual: a função social urbanística é um meio para realizar o direito à cidade e este é um meio para realizar o interesse público[1].

A última categoria – a multiplicidade de regimes jurídicos proprietários – por sua vez, reconhece o direito de propriedade de forma plural. Neste sentido, ele é um feixe de direitos, deveres, obrigações, ônus e interesses regulados por textos jurídico-normativos insertos nos mais diversos ramos do Direito.

Assim, por um lado, o exame conjunto das quatro categorias possibilita reconhecer que a construção dos regimes jurídicos proprietários urbanos – as prerrogativas proprietárias e não-proprietárias – e a destinação dos imóveis urbanos definir-se-ão pela função social urbanística. Por outro lado, estas construções objetivam realizar a função social e, consequentemente, o interesse público. Logo, ambos os aspectos demonstram que a função

[1] Reconhece-se, então, que o direito pode ser analisado numa perspectiva funcional, a qual, segundo Norberto Bobbio, denota que o direito não é somente um "meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim próprio e específico". Entretanto, diversamente do citado autor, pode-se afirmar que, após a Constituição de 1988, a mencionada finalidade não se resume à "segurança coletiva". Ela, na verdade, abarca a realização dos direitos fundamentais e, no tocante ao Direito Urbanístico e à propriedade urbana, remonta aos encadeamentos – ou densificações – acima apresentados. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 106 e 59.)

social urbanística ocupa um papel central na disciplina jurídica dos bens públicos urbanos, o que significa que a procura do fundamento da pertença dos imóveis públicos urbanos encontra-se no citado elemento central.

Dessa forma, os elementos analíticos provenientes do citado exame conjunto fornecem as bases para a investigação que se realizará nesta Segunda Parte. Além disso, eles possibilitam compreender as razões que justificaram a divisão desta exposição em dois Capítulos distintos.

No Capítulo 1, objetiva-se descrever o regime jurídico dos bens públicos nos sistemas da Europa latina ocidental, bem como os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre estes bens. Estas descrições fornecem elementos que possibilitam apresentar o regime brasileiro dos bens públicos e os efeitos da incidência do Direito Urbanístico sobre eles. Assim, a pesquisa em direito comparado permite verificar as especificidades, a falta de consenso doutrinário e os aspectos controvertidos existentes no sistema jurídico dos bens públicos urbanos no Brasil.

No Capítulo 2, sistematizam-se os resultados alcançados anteriormente, de forma a responder os questionamentos centrais que motivaram esta investigação. Para isso, neste Capítulo analisa-se a natureza da relação jurídica que tem por objeto a titularidade de imóveis urbanos pelos Entes Públicos. A partir da definição da natureza jurídica da citada relação jurídica, analisa-se o fundamento jurídico da propriedade pública urbana no Brasil e alguns dos seus principais impactos na gestão dos imóveis públicos urbanos.

1 O regime jurídico dos bens públicos e os impactos dos documentos locais de urbanismo: contribuições dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental

O regime jurídico dos bens públicos brasileiros encontra as suas bases nos sistemas da Europa latina ocidental, com maior ênfase nos ordenamentos francês e italiano e, subsidiariamente, nos sistemas espanhol e português. Todavia, não se pode afirmar que as construções legislativas e doutrinárias europeias foram simplesmente reproduzidas no Brasil. Afinal, elas sofreram um processo de acomodação e de adequação que garantiu ao ordenamento brasileiro uma feição que o distingue das citadas bases originais.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[1], afirma que, se há algo genuinamente brasileiro no Direito Administrativo é o regime jurídico dos bens públicos, o qual não encontra paralelo no restante dos ordenamentos jurídicos conhecidos. Não obstante, muitas vezes, a aludida singularidade é desconsiderada, o que prejudica a compreensão do sistema jurídico brasileiro e explica a forma como este tema é tratado pela doutrina.

Por exemplo, comumente, no Brasil, não se expõem as diversas teorias que se ocuparam de discutir a natureza jurídica da relação de pertença dos bens públicos. Dessa forma, não se apresentam as diversas controvérsias e a falta de consenso entre os autores brasileiros acerca deste tema. Também não se explicitam as particularidades do regime jurídico-constitucional destes bens, uma vez que, tradicionalmente, no Brasil, atribuem-se à inalienabilidade, à imprescritibilidade e à impenhorabilidade uma extensão mais ampla do que aquela conferida nos sistemas europeus. Ademais, no Brasil, a teoria da afetação dos bens públicos não apresenta os mesmos contornos e consequências encontradas nos sistemas jurídicos de referência. Enfim, diversamente do que ocorre nos sistemas da Europa latina ocidental, em que os bens públicos são classificados em dois grandes grupos, a taxonomia brasileira se caracteriza por uma divisão tripartite.

Estas ilustrações denotam a necessidade de se descreverem os sistemas da Europa latina ocidental e confrontá-los com o ordenamento brasileiro. Deste exercício extraem-se as especificidades deste último sistema jurídico, o que fornece elementos para se definir qual é o atual fundamento jurídico para que os Entes Públicos sejam titulares de imóveis públicos.

Especificamente no que concerne à titularidade pública dos imóveis urbanos, deve-se descrever quais são os principais impactos da disciplina jurídica do urbanismo sobre os bens

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 26.

públicos. Neste sentido, torna-se necessário investigar quais os efeitos que os documentos locais de urbanismo apresentam sobre os bens públicos. Esta última investigação também exige uma investigação fundada no método comparativo, pois, como se viu, o Direito Urbanístico brasileiro também se inspirou nos ordenamentos jurídicos europeus acima mencionados.

Assim, este Capítulo é dedicado à descrição dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental e do Brasil. Inicialmente, apresenta-se uma visão geral sobre o regime jurídico dos bens públicos para, em seguida, analisarem-se os impactos do Direito Urbanístico sobre estes bens.

1.1 Uma visão panorâmica sobre o regime jurídico dos bens públicos no Brasil e na Europa latina ocidental

No Brasil, o sistema fundiário e o regime jurídico dos bens públicos estão intimamente relacionados, pois, com o descobrimento, em 1500, o território brasileiro se tornou de titularidade portuguesa e, portanto, inseriu-se no Pacto Colonial lusitano. Dessa forma, o Brasil se caracterizou como uma colônia de exploração, a quem incumbia o fornecimento de produtos primários tropicais, ao custo e risco dos colonos que não eram proprietários do solo, mas, titulares de um direito de exploração do mesmo.

Com a independência, o Império do Brasil tornou-se sucessor do Reino de Portugal nos seus direitos sobre o solo e, somente com a "Lei de Terras" – Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850 – surgiu a propriedade fundiária privada. Todavia, a precariedade do sistema registral possibilitou a transferência ilegal de áreas públicas para os indivíduos e, ao mesmo tempo, permitiu que extensas áreas do território não fossem identificadas e atribuídas ao Estado, situação esta que perdura até hoje.

Dessa forma, verifica-se que a conformação jurídica deste sistema fundiário e do próprio regime jurídico dos bens públicos foi fortemente influenciado pelo caráter agroexportador da economia brasileira. Assim, questões específicas ligadas aos imóveis urbanos, foram relegados ao segundo plano, o que significa que o regime jurídico dos bens públicos e as construções teóricas sobre ele apresentaram esta marca original. Neste sentido, podem-se citar as regras sobre a discriminação de terras e a legitimação das ocupações dos imóveis públicos.

Porém, com a intensificação do processo de urbanização, o sobredito quadro sofreu alterações que não se ajustavam adequadamente ao arcabouço teórico e jurídico-normativo preexistente. Ao mesmo tempo, o desenvolvimento do Direito Urbanístico brasileiro, como ramo do Direito ocupado das questões relacionadas ao sobredito processo, centrava as suas preocupações na regulação da propriedade privada do solo.

Esta afirmação pode ser ilustrada pelas tentativas de ordenar o desenvolvimento urbano, pelos instrumentos de contenção à especulação imobiliária e de regularização das ocupações dos imóveis privados. Porém, a ilustração mais relevante deste tema é a função social urbanística que confere aos Municípios a competência de definirem as prerrogativas dos proprietários de imóveis urbanos. Afinal, esta é uma das principais construções principiológicas e doutrinárias desenvolvidas pelo Direito Urbanístico e que fundamenta os exemplos citados

Assim, em um primeiro momento, as inovações proporcionadas pela função social urbanística não alcançaram o regime jurídico dos bens públicos, o que pode ser explicado por meio de elementos teóricos e pragmáticos[2]. No que tange aos primeiros, via-se que a incidência desta fórmula sobre os bens públicos era um pleonasmo. Afinal, como estes bens pertenciam aos Entes Públicos, necessariamente, eles seriam utilizados em consonância ao interesse da coletividade, ainda que fossem – como ainda são – fartos os casos que desmentem esta ilação[3].

No que se refere aos elementos pragmáticos, pensava-se que a incidência da função social era desnecessária, pois, cabia aos Entes Públicos definirem o significado desta fórmula em relação aos seus bens. Ademais, a sua incidência, no caso brasileiro, encontrava outro problema, pois, a competência municipal para definir as prerrogativas proprietárias dos titulares de bens públicos podia se chocar à autonomia administrativa dos demais Entes Federados.

Este último aspecto se tornava mais complicado diante de dois outros elementos. O primeiro decorria do reconhecimento fático de que a União e os Estados Membros eram hierarquicamente superiores aos Municípios, cujas raízes remontam ao caráter centralizador que sempre marcou o Federalismo brasileiro. O segundo decorria da impossibilidade de os

[2] Sintomático dessa última ilação é a percepção de que os Manuais brasileiros de Direito Civil, ao tratarem do regramento jurídico dos bens, afirmam que o tema "bens públicos" é objeto do Direito Administrativo, e, portanto, não tecem maiores considerações sobre a destinação dos mesmos. Ao mesmo tempo, os Manuais de Direito Administrativo relegam o tema da função social às restrições/limitações administrativas ao direito de propriedade privada. Estas últimas obras, ao abordarem a gestão do patrimônio público não fazem qualquer menção à incidência da função social e ao seu papel como elemento definidor da destinação a ser atribuída aos bens públicos ou como elemento conformador das prerrogativas dos titulares e de terceiros sobre estes imóveis.

[3] Um dos efeitos desta exegese face aos casos em que os bens públicos não são empregados de forma adequada à sua destinação social é a perda da legitimidade das ações públicas voltadas à realização da Política Urbana prescrita pela Constituição. Isto porque os Entes Públicos exigem dos indivíduos uma série de condutas que, nem mesmo os próprios Entes Públicos seguem em relação aos seus imóveis.

Municípios aplicarem aos bens pertencentes aos demais Entes Federados os instrumentos jurídicos que poderiam estimular o cumprimento da função social urbanística[4].

Portanto, em síntese, pode-se reconhecer que, no Brasil, o regime jurídico dos bens públicos tem sua origem atrelada ao solo rural e que o regime urbanístico do solo se desenvolveu com foco na propriedade privada. Consequentemente, a discussão sobre os diversos aspectos relacionados aos bens públicos urbanos careceu de tratamento doutrinário específico e sistematizado, o que, somente agora, começa a se tornar um elemento de relevância.

Com base nestas descrições é possível apresentar uma visão geral sobre o regime jurídico dos bens públicos urbanos. Para isso, é necessário, retomar algumas bases teóricas sobre a natureza jurídica da relação de pertença dos bens públicos. Em seguida, deve-se analisar o regime jurídico-constitucional dos bens públicos, com foco em suas três principais características: a inalienabilidade relativa, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade. Enfim, podem-se analisar as duas principais taxonomias dos bens públicos brasileiros e os seus respectivos elementos centrais.

1.1.1 A relação jurídica de pertença dos bens públicos urbanos

A controvérsia acerca da relação de pertença dos bens públicos urbanos se centra em uma série de indagações sucessivas. O primeiro questionamento se refere à possibilidade de se atribuir ou não a esta relação jurídica a natureza jurídica proprietária. Se a citada relação não se caracterize como uma espécie de propriedade, deve-se definir qual é a sua natureza.

Porém, se o ordenamento jurídico atribui a natureza jurídica proprietária à citada relação, deve-se definir se o direito de propriedade dos Entes Públicos se assemelha ao direito de propriedade privada. Se não houver esta similitude, deve-se perquirir se a citada relação jurídica se configura como uma espécie de propriedade pública e que, portanto, distingue-se da propriedade privada.

Para realizar esta investigação é necessário, em um primeiro momento, abordar as principais orientações doutrinárias que influenciaram os autores brasileiros, para, em seguida,

[4] Este é o caso da desapropriação, pois, o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, prescreve: "Art. 2º – Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...) §2º – Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa".

demonstrar como estes apreenderam e aplicaram aquelas orientações. Assim, inicialmente, expor-se-ão os argumentos dos teóricos que negam e que reconhecem que sobredita relação de pertença dos bens públicos possui natureza jurídica proprietária, para, em seguida, demonstrar como esta questão é tratada pela doutrina brasileira.

1.1.1.1 Teorias que negam a natureza jurídica proprietária

Entre os autores desta corrente doutrinária que mais influenciaram a doutrina brasileira, podem-se citar Jean-Baptiste-Victor Proudhon, Henry Berthélemy, Léon Duguit e Gaston Jèze. Para os dois primeiros autores, o *domaine public* não reúne todos os elementos que compõem o direito de propriedade privada[5]. Por sua vez, os dois últimos autores rejeitam a natureza jurídica proprietária, por verem nela somente "*une transposition injustifié dans le droit public de concepts civilistes*"[6].

Para Jean-Baptiste-Victor Proudhon, a expressão *domaine public* se refere "*aux choses qui sont, par le lois, destinées et asservies à l'usage de tous, et dont la propriété n'appartient exclusivement à personne, telles que les chemins publics, les routes, les rivières navigables, etc., etc.*"[7]. Neste sentido, ambos os autores atribuem à expressão *domaine public* um sentido que abarca aquilo que as Ciências Econômicas consideram como bens públicos[8]. Para Henry Berthélemy, esta expressão designa "*l'ensemble des biens*" que, por sua natureza ou por determinação legal, são "*utilisés ou exploités par la collectivité ou pour la collectivité des citoyens*"[9].

Para eles, os bens do *domaine public* são regidos por um regime jurídico especial que objetiva possibilitar o seu uso coletivo e que atribui aos Entes Públicos as prerrogativas de

---

[5] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1960. v. 3. p. 350-351.

[6] Isto é, "uma transposição injustificada para o direito público de conceitos civilistas". (GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 13.)

[7] Em uma tradução livre: "às coisas que são, pela lei, destinadas e disponíveis ao uso de todos, e cuja propriedade não pertence exclusivamente a ninguém, tais como as estradas e vias públicas, os rios navegáveis etc., etc.". (PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*. Dijon: Victor Lagier, 1833. (tome 1). p. 266.)

[8] Esta noção coincidia, também, com as bases doutrinárias que, no Antigo Regime, sustentavam a compreensão dos bens públicos. Conforme o professor Norbert Foulquier, esta proximidade explica o grande sucesso desta concepção na época em que foi desenvolvida pelos citados autores. (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 54.)

[9] Em uma tradução livre: "o conjunto de bens" que, por sua natureza ou por determinação legal, são "utilizados ou explorados pela coletividade ou para a coletividade dos cidadãos". (BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 7. ed. Paris: Arthur Rosseau, 1913. p. 406.)

zelar pela guarda destes bens e de determinar o que se pode e o que não se pode fazer com eles[10]. Logo, estas prerrogativas em nada se assemelham às prerrogativas proprietárias, pois, os Entes Públicos não são titulares do *ius abutendi*, isto é, eles não podem retirar estes bens do patrimônio público, porquanto isto impediria o uso coletivo dos mesmos. Outrossim, a percepção de frutos naturais e civis – o *ius fruendi* – é excepcional e somente pode ocorrer na medida em que for compatível ao escopo principal atribuído a estes bens. Ademais, o *ius utendi*, não garante o uso exclusivo destes bens pelos Entes Públicos, já que a sua finalidade imediata é o uso coletivo, o que explica a razão de as pessoas jurídicas de direito público somente poderem conceder o uso privativo destes bens a título precário[11].

Ainda conforme os autores, a finalidade natural ou legal destes bens somada à ausência das prerrogativas proprietárias e aos poderes atribuídos ao Entes Públicos formam as bases que sustentam o regime jurídico especial atribuído a eles. Este regime especial torna estes bens inalienáveis, isto é, eles não podem ser transferidos definitivamente para terceiros, a título oneroso ou gratuito. Todavia, a inalienabilidade não impede que se conceda o uso privativo precário destes bens, afinal, este ato não transfere a titularidade dos bens e, além disso, este ato é passível de revogação a qualquer tempo pelo Ente Público a quem compete a sua guarda[12].

Uma das consequências da inalienabilidade dos bens públicos é impossibilitar a sua desapropriação por utilidade pública. Afinal, a desapropriação, como uma espécie de venda forçada, somente pode incidir sobre bens que se constituam como objeto de propriedade privada e que, portanto, sejam passíveis de alienação. Assim, se um Ente Público necessita realizar uma obra sobre um imóvel pertencente ao *domaine public* de outro Ente Público, ele deve obter o consentimento do último[13].

Outra característica que este regime especial impõe aos bens públicos é a sua imprescritibilidade, a impossibilidade de eles serem adquiridos por meio de usucapião. Esta forma aquisitiva exige que a posse do bem seja legítima. Porém, não se pode reconhecer a legitimidade de uma ocupação exercida sobre um bem que não é passível de alienação por se destinar ao uso de todos e que, também, prejudica a coletividade por privá-la do acesso a ele[14].

Assim, os indivíduos, ainda que detentores de títulos de uso privativo não podem propor ações possessórias, pois, estas objetivam proteger a posse legítima, o que não abarca a

---

[10] Conforme René de Récy, os Entes Públicos somente têm "*un simple droit de garde et de police sur les choses du domaine public*" – isto é, "um simples direito de guarda e de polícia sobre as coisas do domínio público". (RÉCY, René Bauny de. *Traité du domaine public*. 2. ed. Paris: Paul Dupont, 1894. (tome 1). p. 418-419.)

[11] BERTHÉLEMY, Henry. *Op. cit.*, p. 413-415; PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Op cit.*, p. 268-272.

[12] BERTHÉLEMY, Henry. *Op. cit.*, p. 416-418; RÉCY, René Bauny de. *Op. cit.*, p. 421 e 423.

[13] BERTHÉLEMY, Henry. *Op. cit.*, p. 419.

[14] *Ibid*., p. 418-419; PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Op cit.*, p. 272.

ocupação dos bens públicos. Neste mesmo sentido, os Entes Públicos também não podem propor as citadas ações, uma vez que, eles não são possuidores ou proprietários destes bens[15].

Ademais, estes bens não podem ser gravados ou onerados por meio de direitos reais. Os direitos reais sobre coisas alheias, como por exemplo as servidões, o usufruto e o direito de superfície, conferem ao seu titular um direito de uso exclusivo que impede o uso coletivo, ínsito aos bens públicos. Dessa forma, os títulos de uso privativo não conferem aos seus titulares um direito de natureza real oponível contra os Entes Públicos que o expediram, mesmo porque, o direito de uso privativo é precário. Por sua vez, os direitos reais de garantia, como a hipoteca, conferem ao credor o poder de exigir a alienação do bem para satisfazer o seu crédito, o que contraria a inalienabilidade[16].

Assim, segundo os autores, as características especiais dos bens públicos e a ausência das prerrogativas proprietárias, nos termos do Direito Civil, afasta a possibilidade de se atribuir a natureza jurídica de propriedade à relação jurídica de pertença destes bens[17]. Sequer se poderia denominar esta relação como "propriedade pública", pois, conforme Berthélemy, no caso, o adjetivo não qualifica o substantivo, mas lhe altera totalmente o sentido, tornando esta espécie de propriedade uma categoria jurídica completamente nova[18].

Não obstante os autores compreendessem que a sobredita relação jurídica não possuía natureza jurídica proprietária, eles não afastavam a possibilidade de os Entes Públicos serem titulares de direitos de propriedade sobre outras espécies de bens. Segundo eles, as pessoas jurídicas de direito público eram proprietárias dos bens insertos no *domaine privé*, os quais se sujeitavam às regras prescritas pelo Código Civil[19].

Dessa forma, os imóveis que se destinavam ao funcionamento dos serviços e órgãos públicos não se caracterizavam como *biens publics*, mas, eram *biens privés* afetados a uma finalidade pública. Porém, esta afetação não tinha o poder de modificar a natureza privada destes imóveis, já que não os tornavam bens de uso coletivo, nos termos acima expostos[20].

Neste sentido, a inserção ou retirada de um bem do *domaine public* ou do *domaine privé* não exigia somente um ato de afetação ou de desafetação do bem, pois, era necessário que houvesse a modificação da sua natureza, mediante o "*classsement*" –

---

[15] BERTHÉLEMY, Henry. *Op. cit.*, p. 421.
[16] *Ibid*., p. 420.
[17] RÉCY, René Bauny de. *Op. cit.*, p. 417-418 e 420.
[18] BERTHÉLEMY, Henry. *Op. cit.*, p. 413.
[19] PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Op cit.*, p. 267, 269-270 e 273.
[20] Assim, para os autores, os frutos e acessórios dos bens públicos e os tesouros que existissem sob eles eram considerados bens privados, insertos no *domaine privé* dos Entes Públicos responsáveis pela guarda dos bens públicos. (BERTHÉLEMY, Henry. *Op. cit.*, p. 415 e 422-423.)

"classificação/incorporação" – e o "*déclassement*" – "desclassificação/desincorporação" – do bem. Isto é, "*le classement*" do bem como de uso coletivo, inseria-o no *domaine public*. Ao contrário, "*le déclassement*" de um bem que antes pertencia ao *domaine public*, inseria-o no *domaine privé*, o que afastava o regime jurídico especial que incidia sobre ele, e possibilitava, por exemplo, a sua alienação e a sua aquisição mediante a usucapião[21].

Segundo Léon Duguit e Gaston Jèze, a afirmação de que os bens públicos eram objetos materiais de um direito de propriedade atribuído aos Entes Públicos era desprovida de sentido. Para eles, o cerne da questão estava na submissão destes bens a um regime jurídico especial determinado pela destinação pública que o direito objetivo atribuía aos citados bens.

Léon Duguit[22] inicia suas discussões acerca dos bens públicos a partir da análise acerca da categoria "patrimônio". Para ele, o patrimônio se caracteriza como "*un ensemble de richesses affectées à un certaine but, cette affectation peut être socialemente protégée, sans qu'il y ait une personne titulaire du pratimoine*"[23].

Por meio desta concepção, Duguit pretendeu demonstrar que a discussão acerca da titularidade do patrimônio e dos bens é despicienda, pois, o que era relevante era a finalidade ou destinação social do acervo patrimonial e dos bens que o compunham[24]. Assim, para ele, a existência de um patrimônio se justificava pelo objetivo de satisfazer ou atender uma

---

[21] *Ibid*., p. 411, 415 e 418.

[22] DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librarie Fontemoing & Cie. Éditeurs E. boccard, sucecesseur, 1923, t.3. p. 309-311.

[23] Em uma tradução livre: o patrimônio se caracteriza como "um conjunto de riquezas afetadas/destinadas a um determinado objetivo, esta afetação pode ser socialmente protegida, sem que haja um titular deste patrimônio".

[24] Ao discutir as várias teorias jurídicas acerca do patrimônio, Duguit se concentra naquelas que vinculam o patrimônio à personalidade jurídica de seu titular. Após expor estas orientações doutrinárias, o autor volta sua atenção às teorias sobre a personalidade jurídica do Estado.
Entre estas teorias, encontra-se a "Teoria do Fisco". Segundo ela, o Estado se apresentava como um sujeito de direito especial, dotado de duas personalidades jurídicas. A primeira era uma personalidade política, ligada à ideia de "*puissance publique*" – "Poder Público". A segunda era uma "*personalité patrimoniale*" – personalidade patrimonial, o Estado-Fisco – que possibilitava que o Estado fosse titular de direitos patrimoniais. Segundo esta teoria, a primeira personalidade nascia espontaneamente, por meio de uma decisão soberana, enquanto a segunda personalidade era um produto da *personalité pussance publique*.
Com esta caracterização, Duguit compreendia que o Estado *puissance publique* não necessitava de uma personalidade jurídica, pois, ele se caracterizava como uma série de funções. Segundo ele, nem mesmo o Estado-Fisco necessitava da aludida personalidade. Afinal, ele se assemelhava a uma fundação, visto que se caracterizava como uma reunião de bens afetados à realização de diversos objetivos de serviços públicos.
Neste mesmo sentido, o autor considerava desprovida de sentido, as teorias que defendiam que o Estado possuía uma única personalidade jurídica de duas faces, em que a primeira se apresentava como *puissance publique* e a segunda como patrimonial. Segundo ele, embora esta teoria tentasse não bipartir a personalidade estatal, na prática, ela chegava aos mesmos resultados da Teoria do Fisco, pois, desconsiderava que todos os atos estatais eram soberanos – ainda que possuíssem conteúdo patrimonial.
Assim, de forma categórica, Duguit se opõe a todas as teorias que buscavam atribuir uma personalidade jurídica ao Estado, fosse ela bipartida, una e indivisível ou sujeita a uma dúplice manifestação. Para ele, estas concepções teóricas eram influenciadas por pressupostos subjetivistas que não possuíam mais sustentação na realidade. (*Ibid*., p. 296-308 e 315. Para maiores informações sobre a "Teoria do Fisco": MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*: partie spéciale: le droit public des choses, expropriation, domaine public, etc. Paris: V. Giard e E. Briére, 1905. (tome 3). p. 94-99.)

necessidade ou utilidade socialmente relevante e, portanto, o sistema jurídico criava diversos mecanismos para proteger e permitir a realização deste escopo.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico era construído de forma a proteger a citada finalidade e, assim, os efeitos desta proteção decorriam do direito objetivo e não de um ato de vontade do titular do bem. Dessa forma, a destinação dos bens não somente os reunia em um único acervo patrimonial, mas, também, submetia-os a um mesmo regime jurídico.

Assim, a existência de um patrimônio individual decorria do objetivo de atender a uma utilidade individual, por meio de instrumentos jurídicos que tutelavam e possibilitavam a realização fática deste objetivo. No mesmo sentido, a existência do patrimônio público e dos bens que o compunham não dependia da titularidade destes pelos Entes Públicos, mas, da sua afetação a uma finalidade coletiva, isto é, a sua afetação aos "*buts des services publics étatiques*" – isto é, aos "objetivos dos serviços públicos estatais".

Consequentemente, para Duguit, os regimes jurídicos dos bens públicos atribuíam aos agentes públicos as prerrogativas de realizarem todos os atos jurídicos e materiais consonantes à afetação dos bens públicos. Ao mesmo tempo, estas regras conferiam aos agentes públicos o poder de reprimir e anular todos os atos e violações a estas finalidades – fossem estes emanados por indivíduos ou outros agentes públicos.

Dessa forma, Duguit[25] não desconhecia que os autores do Código Civil francês se inspiraram no direito de propriedade para definir a natureza jurídica do *domaine public*. Todavia, segundo ele, a evolução do sistema jurídico conferiu primazia aos serviços públicos e, por consequência, à afetação dos bens públicos, o que levava ao desaparecimento da "*notion de propriété domaniale*" – isto é da "noção de propriedade do domínio público".

Outra consequência desta evolução se referia à taxonomia dos bens públicos, isto é, quais bens se inseriam no *domaine public* e quais pertenciam ao *domaine privé*. Neste mesmo sentido, qual era o critério apto a identificar um ou outro destes bens e, por conseguinte, determinar o regime jurídico aplicável a cada um deles. Afinal, ao contrário do que afirmava a doutrina, o ordenamento jurídico não sustentava a ilação de que os bens do *domaine privé* eram sempre alienáveis e sujeitos à usucapião.

Assim, Duguit concluiu que todos os bens públicos se submetiam a um regime jurídico especial e derrogatório, em maior ou menor grau, das regras aplicáveis à propriedade privada. Em alguns casos, este regime jurídico se aproximava daquele aplicável à propriedade privada – como ocorria com os bens do *domaine privé*. Porém, em outras hipóteses, estes

[25] DUGUIT, Léon. *Traité…*, p. 320-324.

regimes eram diametralmente distintos – como no caso dos bens de uso coletivo que se inseriam no denominado *domaine public*, como as vias públicas.

Estas ilustrações denotam que, para o autor, não se mostrava adequado dividir o *domaine de l'État* em *domaine public* e *domaine privé*. Para ele o *domaine de l'État* se caracteriza por uma "*échelle de la domanianlité*" – isto é, uma "escala ou gradação de domínio". Assim, os bens do *domaine privé* eram aqueles regulados por um regime jurídico similar àquele dos bens particulares, o que não afastava totalmente a incidência do Direito Administrativo[26]. Consequentemente, esta similaridade não significava identidade, pois, estes bens se submetiam às regras de conservação e administração, cujas finalidades eram impedir a sua dilapidação e possibilitar que eles gerassem rendas e frutos destinados a um fim público.

Já os bens do *domaine public* eram regidos por regras distintas daquelas aplicáveis à propriedade privada. Porém, isto não significava que todos eles eram regulados por um único regime jurídico. Na realidade, eles se submetiam a regimes jurídicos que variavam, segundo a afetação de cada um dos bens para a realização de cada um dos diversos serviços públicos[27].

Por sua vez, para Gaston Jèze, se um bem se destinava a satisfazer, exclusivamente, o interesse de um indivíduo, estava-se diante de um direito de propriedade, nos termos fixados pelo Direito Civil. Todavia, se um bem se destinava a satisfazer o interesse público, ou seja, de toda a coletividade, estava-se diante de um bem público. Assim, se "*certaines choses son soumises à un régime juridique spécial de protection, c'est parce que l'utlité publique l'exige;*

[26] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 2.

[27] "*La première conséquence que dérive de cette conception, c'est évidemment qu'il faut, comme je l'ai déjà dit, ranger dans une catégorie spéciale toutes les dépendances domaniales qui ne son pas directement affectées comme telles au foncionnement d'un service public et qui forment ce que je continue d'appeler, suivant l'usage courant, le domaine privé. Dans le domaine public rentrent toutes les choses, mobilières ou immobilières, qui sont employées, sous une forme ou sous une autre, au fonctionnement d'un service public. Mais c'est une erreur grave de croire que toutes ces choses sont dans la même situation et soumises aux mêmes règles; et c'est ici qu'apparaît l'échelle de la domanialité dont je parlais plus haut. Suivant la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi, la domanialité est différent, le régime juridique n'est pas le même les régles qui s'appliquent sont diverses; mais la notion de service public est toujours là qui établit le principe directeur*". Em uma tradução livre: "A primeira consequência desta concepção, é evidentemente a necessidade, como eu já disse, de readequar dentro de uma categoria especial todos os bens públicos que não são diretamente afetadas ao funcionamento de um serviço público e que formam o que eu continuo chamando, conforme o uso corrente, de domínio privado. No domínio público, inserem-se todas as coisas, móveis ou imóveis, empregadas, de uma forma ou de outra, no funcionamento de um serviço público. Porém, é um erro grave acreditar que todas essas coisas estão na mesma situação e submetidas às mesmas regras; e é, aqui, que aparece a escala do domínio público de que eu falei acima. Dependendo da natureza da coisa, da categoria de serviço, do modo de afetação ou do emprego, o domínio público é diferente, o regime jurídico não é o mesmo, as regras aplicáveis são diversas; mas, ainda assim, lá está a noção de serviço público, a qual estabelece o princípio orientador desta classificação". (DUGUIT, Léon. *Traité…*, p. 324-325.)

c'est parce que l'existence de certaines choses avec une certaine affectacion publique est considérée comme essentielle à l'intérêt général"[28].

Neste sentido, para Jèze[29], era impossível afirmar, por exemplo, que as vias públicas são propriedades dos Entes Públicos, pois, elas não se destinavam a atender ao interesse exclusivo deles, mas, a atender aos interesses de todos que desejavam por elas trafegar. Dessa forma, os Entes Públicos tinham apenas o dever de conservar, proteger e proporcionar que os bens públicos cumprissem a sua destinação. Este dever abarcava o poder de definir as regras que determinavam as formas de uso dos bens públicos e estas regras deviam ser consentâneas ao interesse público que levou à afetação dos bens. Isto significava que, a alteração no interesse público que sustentava a afetação impactava no conjunto de regras que regiam estes bens[30].

Estes bens também não eram passíveis de apropriação pelos indivíduos. Todavia, embora os indivíduos não tivessem o direito de se apropriar dos bens públicos – por exemplo, uma rua – eles eram indispensáveis para que os indivíduos exercessem alguns de seus direitos subjetivos – por exemplo, o direito de livre locomoção.

Consequentemente, para Jèze, os indivíduos não tinham um direito de uso dos bens públicos, mas, eles se constituíam em meios para a realização de seus direitos subjetivos[31]. Assim, as regras que estabeleciam limitações públicas ao exercício das atividades individuais ou voltadas à proteção dos bens públicos, indiretamente, impactavam no poder de uso que os indivíduos tinham sobre os mencionados bens[32]. Neste sentido, inseriam-se, as medidas

---

[28] Em uma tradução livre: se "algumas coisas são submetidas a um regime jurídico especial de proteção é porque a utilidade pública o exige; é porque a existência de certas coisas com uma certa afetação pública é considerada como essencial ao interesse público". (JÈZE, Gaston. Du "droit" des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, Paris, t, XXVII, a. XVII, p. 695-712, 1910. p. 697.)

[29] *Ibid*., p. 698-701 e 706.

[30] Este encadeamento de ideias se insere na lógica de que àqueles a quem é dado o dever de cumprir um determinado escopo devem-se atribuir os meios e poderes necessários para atendê-los

[31] Por esta razão, o poder de uso dos bens públicos por um indivíduo não exclui o poder dos demais indivíduos utilizarem este mesmo bem. Ademais, os indivíduos não podem renunciar ao poder de usar os bens públicos, pois isto poderia impossibilitar o próprio exercício dos sobreditos direitos subjetivos – ou seja, eles somente podem se abster de usá-los.

[32] Neste sentido, Jèze afirmava: "*Le pouvoir des individus de se servir des choses publiques conformément à leur destination est la liberté individuelle s'exerçant sur le domaine public; la liberté individuelle est un pouvoir légal, dont tous les éléments sont déterminés par la loi d'une manière générale, impersonnelle, permanente et essentiellement révocable; ce n'est pas une situation juridique individuelle, subjective. Les atteintes au pouvoir des individus de se servir des choses publiques, ce sont les vois de droit par lasquelles un individu fait respecter, par les agentes administratifs, l'interdiction légale de toucher à sa liberté individuelle, c'est-a-dire fait observer par un agente public la légalité*". Em uma tradução livre: "O poder dos indivíduos se servirem das coisas públicas conforme a sua destinação é a liberdade individual se exercendo sobre o domínio público; liberdade individual é um poder legal, cujos elementos são determinados pela lei de uma forma geral, impessoal, permanente e essencialmente revogável; é uma situação jurídica individual, subjetiva. As violações ao poder dos indivíduos se servirem dos bens públicos, são as vias do direito pelas quais um indivíduo faz respeitar pelo agente administrativo, a interdição legal de tocar sua liberdade individual, isto é, fazer com que um agente público observe a legalidade". (*Ibid*., p. 706.)

decorrentes do dever-poder de polícia, as medidas destinadas à conservação dos bens públicos, as medidas para garantir que todos tivessem acesso aos mencionados bens e as medidas para permitir o funcionamento de um serviço público.

Dessa forma, para o autor[33], o poder dos indivíduos sobre os bens públicos era determinado pelas regras jurídicas que regulavam estes bens, as quais eram construídas com base em três elementos ou possibilidades. O primeiro se referia à "*destination même de la chose publique*" – a "própria destinação do bem público" –, pois, esta afetação conferia aos indivíduos "*le pouvoir de faire certaines choses*" – "o poder de fazer determinadas coisas" –, o que tornava desnecessário que as sobreditas regras especificassem, detalhadamente, os usos permitidos. O outro elemento se ligava à possibilidade destas regras proibirem que os indivíduos exercessem suas atividades de uma dada forma. Ao contrário, o terceiro elemento se referia à possiblidade destas regras autorizarem os indivíduos a exercerem suas atividades de uma dada forma.

Estas três possibilidades geravam três formas de uso dos bens públicos. A primeira forma era o uso normal, aquele que era consoante à sua destinação e conferia aos indivíduos o direito de exigir que lhe fosse garantido e que cessassem os impedimentos que prejudicavam o seu poder de uso normal do bem público. A segunda forma era o uso anormal, o qual não contrariava ou prejudicava a afetação do bem, mas, conferia aos Entes Públicos o poder de intervir e fiscalizar as ações dos indivíduos, de forma a preservar a sobredita destinação pública[34]. Enfim, havia o uso contrário à destinação, que se caracterizava pela ilicitude e conferia aos Entes Públicos responsáveis pelo bem o poder de impedir e reprimir este uso, visto que ele maculava a afetação pública atribuída à coisa.

Com base nestas análises, Jèze[35] afirmava que os bens públicos estão "*soustrait au régime juridique de la propriété privée*"[36], o que os tornava isentos de todas as cargas inerentes a este regime jurídico, como, por exemplo, aquelas relacionadas ao direito de vizinhança. Dessa forma, esta isenção possibilitava que os bens públicos pudessem ser empregados de forma a atender ao interesse público que sustentava a sua afetação.

---

[33] *Ibid*., p. 703-705 e 709.

[34] No caso de uso anormal prejudicar a destinação do bem – por exemplo, no caso de uso abusivo –, os Entes Públicos tinham o poder de impedir e reprimir este uso, pois, nesta hipótese, este uso se aproximava do uso contrário à destinação. (*Ibid*., p. 709)

[35] JÈZE, Gaston. Indépendance respective des immeubles riverains du domaine public et des dépendances du domaine public. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, Paris, t, XXVII, a. XVII, p. 713-720, 1910. p. 714.

[36] Isto é, os bens públicos estão "subtraídos do regime jurídico da propriedade privada".

1.1.1.2 Teorias que afirmam a natureza jurídica proprietária

Ainda que com algumas variações decorrentes das especificidades dos sistemas jurídicos de seus Estados de origem, os autores desta segunda corrente doutrinária reconhecem que a titularidade dos bens públicos tem natureza jurídica proprietária. Para eles, os bens que compõem o *domaine privé* se caracterizam como objetos materiais de uma relação jurídica proprietária privada, regulada pelo Direito Civil, ainda que com algumas derrogações de Direito Público. Neste aspecto, portanto, eles se aproximam das orientações doutrinárias de autores como Henry Berthélemy e Jean-Baptiste-Victor Proudhon.

Entretanto, o ponto de dissonância entre os autores desta segunda corrente se centra na natureza jurídica da relação de pertença que envolve os bens que compõem o *domaine public*. Com base nesta diferença, os autores desta segunda corrente se subdividem em dois grupos.

O primeiro grupo reúne a maior parte dos autores desta corrente doutrinária. Para eles a citada relação jurídica se caracteriza como uma propriedade pública, fundada na afetação – isto é, na destinação – destes bens a uma finalidade de utilidade pública, cujo regime jurídico discrepa daquele aplicado à propriedade privada. Entre os autores deste grupo majoritário que mais influenciaram a doutrina brasileira[37] tem-se Maurice Hauriou[38], Otto Mayer[39] e Guido Zanobini[40].

Para um grupo minoritário, a afetação destes bens ao atendimento de necessidades coletivas confere algumas especificidades aos bens afetados ao atendimento destas finalidades. Porém, estas especificidades não modificam a natureza jurídica da citada relação que se mantém

[37] Além da influência que eles exerceram sobre a doutrina brasileira, estes autores também influenciaram, doutrinadores ibéricos. Na Espanha podem-se citar, por exemplo: PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*: bienes públicos e derecho urbanístico. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 1991. v. 3; OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: EISA, 1955; MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho administrativo*. 24. ed. Cizur Menor Navarra: Thomson Aranzadi, 2005. Em Portugal, pode-se citar: CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.

[38] HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général*: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques. 4. ed. Paris: Sirey, 1900.

[39] MAYER, Otto. *Op. cit.*

[40] ZANOBINI, Guido. *Corso di dirito amministrativo*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1958. v. 4. No mesmo sentido, podem-se citar outros autores italianos que influenciaram os doutrinadores brasileiros, entre os quais: ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*: i soggetti attivi e l'espicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978. v. 1; CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Pádua: CEDAM, 1960; SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Manuale di diritto amministrativo*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 1999.

caracterizada como uma propriedade privada. Entre os autores deste segundo grupo, Ernst Forsthoff[41] foi quem mais influenciou a construção teórica brasileira.

Maurice Hauriou é reconhecido pelos demais autores como o principal idealizador da teoria da propriedade pública. Em consonância às orientações de Henry Berthélemy e Jean-Baptiste-Victor Proudhon, para Hauriou[42], os bens públicos são divididos em dois grupos: o *domaine public* e o *domaine privé*. O primeiro grupo é formado por bens que se constituem em propriedades públicas, caracterizadas pela inalienabilidade e pela imprescritibilidade, as quais decorrem da utilidade pública destes bens, conforme definido pela sua afetação. O segundo é formado por bens que se constituem como propriedade dos titulares públicos, os quais são alienáveis e passíveis de usucapião, pois não receberam uma afetação especial.

Porém, diversamente de Berthélemy e de Proudhon, para Hauriou, a composição do *domaine public* não abrangia somente os bens destinados ao uso coletivo, mas, abarcava, também, os imóveis e móveis afetados aos serviços públicos[43]. Neste último caso, para que um bem integrasse o *domaine public*, ele devia ser propriedade de uma pessoa jurídica de direito público e estar afetado a um serviço público, por meio de um ato administrativo formal.

Todavia, a inserção de um determinado bem no *domaine public* não impedia que ele migrasse para o *domaine privé*, ou vice-versa. O elemento determinante da inclusão em um ou outro conjunto era a sua afetação ou a sua desafetação. Por meio da primeira, o bem se tornava inalienável e imprescritível, enquanto pela desafetação, ele se tornava alienável e passível de aquisição por meio de usucapião – o que não se aplicava aos bens naturalmente afetados, pois, eles somente podiam ser desafetados pela natureza.

Assim, a afetação de um bem tinha como consequência excluí-lo do comércio jurídico de direito privado, pois, ela afastava as possibilidades de apropriação privada do mesmo e a desafetação apresentava efeito oposto, porquanto conferia comercialidade ao bem. Portanto, conforme o autor, o critério da afetação estabelecia que os bens que compunham o *domaine public* eram aqueles "*qui ayant une destination d'utilité publique ont été l'objet d'une*

---

[41] FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. Em sentido aproximado: FLEINER, Fritz. *Les principes généraux de droit administratif allemand*. Tradução de Eisenmann. Paris: Delagrave, 1933; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*

[42] HAURIOU, Maurice. *Op. cit.*, p. 608-610 e 620.

[43] Para Hauriou, a ampliação da composição do *domaine public* decorria da própria evolução do direito, das formas de atuação estatal e da concepção de serviço público. De um lado, as sobreditas evoluções levaram a que os Entes Públicos territoriais realizassem diversos melhoramentos nos bens de uso coletivo, os quais ampliaram as suas possibilidades de uso e os tornaram, portanto, objetos de serviços públicos. De outro lado, estas evoluções denotavam que os bens destinados à prestação dos serviços públicos necessitavam receber as mesmas proteções atribuídas aos bens de uso coletivo – isto é, eles também deviam ser inalienáveis e imprescritíveis.

affectation formelle"[44] – "que têm uma destinação de utilidade pública por meio de um ato de afetação formal". Esta afetação não precisava ser perpétua, mas atual e formal, fruto "*d'evénements naturels*" – de eventos naturais – no caso dos bens que compunham o *domaine public naturel* – domínio público natural, ou "*d'actes administratifs*" – de "atos administrativos" – no caso dos bens que compunham o *domaine public artificiel* – domínio público artificial[45].

Segundo Hauriou[46], se a inalienabilidade e a imprescritibilidade dos bens do *domaine public* os tornavam "*insusceptibles de propriété privée*" – "insuscetíveis de apropriação privada" – enquanto durasse a afetação, nada impedia que eles fossem objeto de propriedade pública, com um regime jurídico "*compatible avec leur destination*" – "compatível com sua destinação". Isto é, a propriedade pública se ligava às atribuições públicas e se marcava pela "*destination d'utilité publique de la chose*" – "destinação de utilidade pública da coisa".

Este regime jurídico não afastava, totalmente, a possibilidade de alienação dos bens do *domaine public*, mas, impunha a necessidade de desafetação prévia dos mesmos, sob pena de o ato de transmissão do bem ser considerado nulo. Dessa forma, segundo o autor, estes bens não se sujeitavam à desapropriação por utilidade pública, visto que, eles já se apresentavam afetados a uma finalidade pública. Consequentemente, diante de uma necessidade pública específica, os Entes Públicos deviam entrar em negociação para que se realizasse uma cessão amigável deste bem.

Ademais, este regime jurídico não impedia a incidência de outros direitos reais sobre estes bens, mas, somente vedava a instituição de direitos reais incompatíveis à destinação dos mesmos. Assim, podiam-se instituir servidões legais sobre eles, desde que estas servidões não inserissem estes bens no comércio jurídico de direito privado.

Este regime também não impedia que os indivíduos usassem estes bens conforme as suas necessidades, mas, somente afastava os usos inconciliáveis à sua afetação. Por esta razão, por meio de atos precários, os titulares do *domaine public* podiam autorizar o uso privativo destes bens a particulares, pois, estes atos não desafetavam estes bens e não criavam direitos reais incompatíveis com a sua destinação.

---

[44] Embora Hauriou afirmasse a necessidade de que a afetação fosse formal, no caso dos bens que compunham o *domaine public artificiel*, isto não significava que ela somente podia ocorrer por meio de um determinado ato. Ao contrário, para ele, a atribuição desta destinação específica devia estar contida em um ato formal e inequívoco. Assim, por exemplo, o ato que declarava a utilidade pública de um bem para fins de desapropriação era um ato formal que tornava desnecessária a expedição de qualquer outro ato destinado a afetar este bem a uma utilidade pública específica. (*Ibid*., p. 647.)

[45] *Ibid*., p. 617.

[46] *Ibid*., p. 612-616, 621-622 e 629.

Por meio desta caracterização percebe-se que Hauriou[47] vinculou o regime jurídico da propriedade pública – notadamente a inalienabilidade e a imprescritibilidade – à afetação dos bens a uma destinação de utilidade pública. Dessa forma, ele pode responder diversas questões que não foram solucionadas, adequadamente, pela doutrina de Berthélemy e de Proudhon. Este era o caso, por exemplo, dos bens destinados às atividades militares, os quais, embora não se destinassem ao uso coletivo, eram considerados pelos citados autores como integrantes do *domaine public*. Afinal, a teoria da propriedade pública, sustentada na afetação dos bens a uma utilidade pública, justificava a sobredita inserção, sem considerá-los elementos excepcionais.

Neste mesmo sentido, a concepção de Hauriou fornecia explicações para outro aspecto não solucionado por Berthélemy e Proudhon. Para estes autores, um bem destinado a atividade militar e, portanto, inserto no *domaine public*, era insuscetível de direito de propriedade, mas, se perdesse esta destinação, ele se inseria no *domaine privé* dos titulares públicos e, automaticamente, tornava-se objeto de propriedade. Todavia, conforme a teoria de Hauriou, a afetação ou desafetação do bem não alterava a natureza da relação de pertença. A afetação somente modificava o regime jurídico aplicável à sobredita relação, pois, em todos os casos, a relação jurídica de pertença dos bens públicos tinha natureza jurídica proprietária[48].

Ademais, a concepção de Hauriou permitia ver a percepção dos frutos e rendas produzidos pelo *domaine public* como uma decorrência lógica do *ius fruendi*, ínsito ao direito de propriedade pública, e não como uma contraprestação pelo exercício da fiscalização sobre estes bens. Ela também, explicava a razão de os Entes Públicos poderem propor ações possessórias e reivindicatória para defender o *domaine public*.

Consequentemente, propriedade pública e privada não se opunham, pois, diversos efeitos decorrentes da primeira eram semelhantes àqueles produzidos pela segunda, como era o caso da percepção dos frutos e rendas. Outrossim, a desafetação do bem o inseria, novamente, no *domaine privé*, sujeitando-o, em geral, às mesmas regras aplicáveis à propriedade privada.

Assim, de um lado, diversos aspectos da propriedade pública que eram considerados exorbitantes se apresentavam como especificidades deste regime jurídico proprietário, os quais decorriam da sua afetação. Este era o caso das ações de polícia dos bens

[47] *Ibid*., p. 618-619, 622 e 630-632.
[48] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 55-56.

públicos[49], o direito de afetação e desafetação destes bens, a concessão deles para que um terceiro pudesse usá-lo de forma privativa.

Por outro lado, o regime jurídico da propriedade pública não somente ampliava as prerrogativas proprietárias dos Entes Públicos, mas, também, limitava-as. Por exemplo, o *ius abutendi* não abarcava a possibilidade de disposição ou um amplo poder de modificação do bem, pois, a sua conformação atual estava ligada à utilidade pública que motivou a sua afetação, o que, também, impactava na possibilidade de aliená-lo. O *ius utendi* era determinado pela afetação, o que impedia a utilização do bem em contrariedade a esta destinação. O *ius fruendi* também era limitado, pois, a percepção de frutos e rendas não podia prejudicar a sua afetação.

A partir dos estudos acerca do direito administrativo francês, notadamente sobre a obra de Hauriou, Otto Mayer foi o responsável por introduzir a teoria da propriedade pública na Alemanha[50]. Para ele, a propriedade pública atendia às necessidades práticas de sua época e se configurava como a transposição da propriedade de Direito Privado para o âmbito do Direito Público, em consonância ao que ocorria com outros institutos, como o contrato administrativo.

Segundo ele, a propriedade pública e a propriedade privada eram designações jurídicas distintas aplicáveis ao mesmo fenômeno social – o ter como próprio uma determinada coisa. Porém, a mencionada transposição não era uma simples reprodução do instituto de Direito Privado para o âmbito do Direito Público, mas, implicava na sua modificação. Isto porque, as características e os fundamentos da propriedade pública não podiam ser encontradas no Direito Civil, pois, este não objetivava realizar o interesse público. Logo, as especificidades do regime jurídico da propriedade pública – como, por exemplo, a inalienabilidade e a imprescritibilidade – deviam ser encontradas no próprio Direito Público.

Para Otto Mayer[51], todos os bens pertencentes ao Estado se destinavam de forma direta ou indireta ao atendimento do interesse público. Os bens empregados pelos Entes Públicos Territoriais para a realização do interesse público de forma direta e imediata eram denominados bens administrativos e compunham o domínio público, nos termos adotados pela taxonomia francesa[52]. Assim, estes bens eram objetos materiais do direito de propriedade

[49] Neste caso, esta prerrogativa se ligava à necessidade de o proprietário público impedir que terceiros utilizassem o bem de forma a prejudicar a sua afetação. (HAURIOU, Maurice. *Op. cit.*, p. 643.)
[50] MAYER, Otto. *Op. cit.*, p. 101-108 e 114
[51] *Ibid*., p. 108-131.
[52] Porém, Otto Mayer reconhecia que os bens que eram objeto de propriedade pública podiam ser geridos por terceiros, mediante um ato de delegação, como era o caso dos concessionários. Ele também reconhecia que os bens diretamente vinculados à realização do interesse público podiam não pertencer aos Entes Públicos, hipótese em que eles eram titulares de outros direitos reais sobre estes bens – como é o caso das servidões públicas etc. (*Ibid*., p. 131-136 e 144.)

pública que os afastava das regras de Direito Civil e das intercorrências próprias dos interesses privados que ocupavam papel central neste ramo do Direito.

Os bens que participavam de forma indireta na realização do interesse público se denominavam de bens fiscais, os quais abrangiam os bens destinados a produzir rendas ao Ente Público e aqueles empregados no funcionamento dos órgãos públicos. Por meio dos primeiros, os Entes Públicos obtinham recursos financeiros necessários a custear suas atividades, o que, embora importante, não tinha uma vinculação direta ao sobredito escopo. Por sua vez, os imóveis destinados ao funcionamento dos órgãos públicos apenas abrigavam as estruturas físicas e os agentes públicos necessários à prestação dos serviços públicos. Neste último caso, os serviços públicos – por exemplo, educação – participavam diretamente da realização do interesse público, mas os imóveis que os abrigavam – as escolas – somente contribuíam de forma indireta para esta finalidade[53].

Os bens fiscais se aproximavam do domínio privado francês. Apesar da sua relevância, eles não se ligavam, intimamente, à realização do interesse público e, portanto, eram regidos pelas regras gerais do Direito Civil. Todavia, em alguns casos – como aqueles dos bens que abrigavam órgãos públicos – as regras gerais do Código Civil eram derrogadas por leis especiais que objetivavam proteger as atividades que eles abrigavam.

Mayer restringiu a propriedade pública somente aos bens que se vinculavam diretamente à realização do interesse público em sua acepção liberal – como os bens de uso coletivo e os bens de uso militar[54]. Dessa forma, neste aspecto, a concepção de Mayer o aproximava de Berthélemy e Proudhon e, consequentemente, afastava-o de Hauriou. Os demais bens que pertenciam aos Entes Públicos atendiam a outras facetas do interesse público e podiam ser realizadas por meio da propriedade privada. Assim, ainda que de forma implícita e indireta, ele admitiu que as regras de Direito Privado também podiam ser empregadas para a realização do interesse público.

Ademais, em consonância às lições de Hauriou, Otto Mayer[55] reconheceu a possibilidade de os bens fiscais migrarem para a classe dos bens administrativos e vice-versa, conforme se alterasse a afetação atribuída a eles. Porém, para Mayer, o simples ato de afetação do bem não era suficiente para que ele se submetesse ao regime da propriedade pública, pois,

---

[53] Dessa forma, Otto Mayer pretendia explicar a possibilidade de os órgãos e serviços públicos poderem ser transferidos de um imóvel para outro, sem que isto gerasse prejuízos ao interesse público consubstanciado na prestação dos citados serviços. (*Ibid*., p. 129-131.)

[54] Estes bens se ligavam, diretamente, a fins de utilidade pública "*reconnu comme assez grave pour motiver l'énergie de la manifestation de la puissance publique*" – isto é, "reconhecidos como suficientemente importantes para motivar a energia da manifestação do Poder Público" (*Ibid*., p. 137.)

[55] *Ibid*., p. 114, 137-138, 140 e 144-180.

além do ato formal era necessário que o bem fosse utilizado, efetivamente, para atender àquela destinação. Assim, ele reconheceu que "*pour toute espèce de chose publique, le fait matériel de l'utilité publique est tellement essentiel qu'il n'y a pas de chose publique avant le moment où ce fait existe*" [56] – isto é, "para toda a espécie de coisa pública, o fato material de utilidade pública é tão essencial que não há coisa pública antes da existência deste fato".

Assim, para Otto Mayer, a afetação do bem e o seu efetivo uso para atender à coletividade ou às finalidades militares, submetia-o ao regime jurídico da propriedade pública. Este regime estabelecia sanções penais para coibir atos prejudiciais a eles e conferia aos proprietários públicos a prerrogativa de utilizar o dever-poder de polícia para protegê-los, o que afastava a possibilidade de eles proporem ações reivindicatórias e possessórias. Estes bens estavam excluídos da desapropriação por utilidade pública e de outros institutos de Direito Público que incidiam sobre a propriedade privada. Outrossim, este regime jurídico excluía estes bens do comércio jurídico de direito privado, mas, não o de direito público e, portanto, em conformidade às regras de Direito Público, estes bens podiam ser alienados e ser objetos de direito reais em benefício de terceiros.

Na Itália, o Código Civil de 1865 e a doutrina seguiram as mesmas orientações de Hauriou[57], não obstante, o direito positivo italiano adote um critério taxonômico para classificar os bens públicos semelhante àquele adotado por Otto Mayer. Conforme Guido Zanobini[58], por meio deste critério, os bens que compõem o *demanio pubblico* – domínio público – são explicitamente enumerados pela lei, destinados à satisfação de escopos públicos de forma imediata, como os bens de uso coletivo e de uso militar[59]. Os *beni patrimoniali* – bens

---

[56] Assim, o que submete um bem ao regime da propriedade pública não é a sua forma de aquisição – mediante instrumentos de direito privado ou de direito público – mas a sua afetação somada à sua efetiva utilização coletiva ou para fins de defesa. Neste sentido, Mayer afirma que, em regra, os bens adquiridos pelos Entes Públicos tornavam-se, primeiramente, propriedade privada do adquirente público, para, depois de afetados migrarem para o domínio público. (*Ibid*., p. 143.)

[57] A filiação à teoria de Hauriou era facilitada pela própria redação do artigo 406, do Código Civil italiano de 1865, que prescrevia: "*406 – Tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili o mobili*". Em uma tradução livre: "406 – Todas as coisas que possam se constituir como objeto de propriedade pública ou privada são bens imóveis ou móveis".

[58] ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 5-6 e 16-21. No mesmo sentido: LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 107.

[59] O artigo 822, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 822. (Demanio pubblico) – Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico*". Em uma tradução livre: "Artigo 822. (Domínio público) – Pertencem ao Estado e fazem parte do domínio público, a costa do mar, a praia, os ancoradouros e os portos; os córregos, os rios, os lagos e as outras águas definidas como públicas pelas leis aplicáveis à matéria; as obras destinadas à defesa nacional. Também fazem parte do domínio público, desde que

patrimoniais – compõem o domínio privado e pertencem aos Entes Públicos a "*titolo di proprietá privata*" – a "título de propriedade privada" – e se destinam à satisfação de necessidades públicas de forma indireta ou instrumental[60].

Neste sentido, verifica-se que a classificação italiana se aproxima daquela adotada por Berthélemy e Proudhon, pois, os *beni patrimoniali* são regidos, em grande parte por regras de Direito Civil e se inserem no comércio jurídico de direito privado. Não obstante, a classificação italiana sofreu influências do direito alemão e, assim, apresenta a particularidade de subdividir estes bens em duas subespécies[61]. A primeira é a dos *beni patrimoniali indisponibili* – bens patrimoniais indisponíveis. Eles são destinados ao funcionamento de um serviço público específico e se sujeitam a um regime jurídico especial que, segundo Guido Zanobini, era formado por regras de direito privado especial que lhes aproximavam, em alguma medida, dos bens do *demanio pubblico*[62]. A segunda espécie é a dos *beni patrimoniali disponibili* – bens patrimoniais disponíveis – que, segundo o autor, eram bens sem destinação específica e eram administrados pelos titulares públicos para obtenção de rendas[63].

Em síntese, portanto, os bens do *demanio pubblico* são, em regra, imóveis que se constituem como objetos de direito de propriedade pública dos Entes Públicos Territoriais[64], os quais são regulados por um regime jurídico que exorbita e derroga aquele fixado pelo Direito Privado. Dessa forma, o regime da propriedade pública prescreve que estes bens são

---

pertençam ao Estado, as estradas, as autoestradas e as vias férreas; os aeroportos; os aquedutos; os imóveis reconhecidos de interesse histórico, arqueológico e artístico, conforme às leis que regulam a matéria; as coleções dos museus, das pinacotecas, dos arquivos, das bibliotecas; e, enfim, os outros bens que sejam pela lei sujeitos ao regime próprio do domínio público".

Para Zanobini, estes bens são considerados importantes pelo legislador, em razão de sua íntima conexão com o interesse público, em suas facetas política, econômica ou cultural. (ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 21.)

[60] A primeira alínea do artigo 828, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 828. (Condizione giuridica dei beni patrimoniali) – I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle provincie e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non e' diversamente disposto, alle regole del presente codice*". Em uma tradução livre: "Artigo 828 (Condição jurídica dos bens patrimoniais) – Os bens que constituem o patrimônio do Estado, das províncias e das comunas se sujeitam às regras particulares que lhes são aplicáveis e, enquanto não houver disposição em contrário, eles são regidos pelas regras do presente código".

[61] ALESSI, Renato. *Principi...*, p. 508.

[62] Para Federico Cammeo, a aproximação entre os *beni patrimoniali indisponibili* e o bens do *demanio pubblico* decorrem de os primeiros se destinarem à "*economia d'uso e quindi destinati a non essere alienati, in quanto sono adibiti ad um pubblico sevizio*". Isto é, eles se destinam à "economia de uso e, portanto, destinam-se a não serem alienados, enquanto são atribuídos a um serviço público". (CAMMEO, Federico. *Op. cit.*, p. 477.)

[63] ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 7-8; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 105 e 118; SANDULLI, Aldo M. *Manuale...*, p. 280.

[64] A restrição dos bens do *demanio pubblico* aos Entes Públicos Territoriais decorre dos artigos 822 e 824, do Código Civil italiano. Eles prescrevem que os bens públicos artificiais, entre os quais os cemitérios e os mercados comunais pertencentes aos demais Entes Públicos – comunas, províncias e, hoje, regiões – e sujeitam-se ao regime da propriedade pública. (ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 22. No mesmo sentido: CAMMEO, Federico. *Op. cit.*, p. 456-457; SANDULLI, Aldo M. *Manuale...*, p. 259.)

inalienáveis[65] e, portanto, estão excluídos do comércio jurídico de Direito Privado, embora eles possam ser objeto de negócios jurídicos regidos pelo Direito Público[66]. Além desta exclusão, a inalienabilidade torna os bens públicos imprescritíveis[67], impenhoráveis[68], não sujeitos à desapropriação por utilidade pública[69] e isentos de inúmeros impostos que incidem sobre a propriedade privada. Ademais, estes bens podem ser protegidos por meio do poder de polícia dos seus titulares ou por meio da propositura de ações possessórias ou de reivindicação[70] – como ocorre com qualquer espécie de bem sujeito à apropriação privada[71].

Segundo Zanobini[72], as características do *demanio pubblico* indicam uma série de poderes juridicamente regulados e limitados que decorrem da supremacia do interesse público. Estas características são elementos constitutivos do regime jurídico aplicável a estes bens, o qual os torna objetos de uma relação jurídica proprietária de natureza pública.

Neste sentido, o uso coletivo destes bens era uma forma especial de exercício do *ius utendi*, inserta entre os *diritti civici* – direitos cívicos. Isto é, inserta entre os direitos

---

[65] A primeira alínea do artigo 823, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 823. (Condizione giuridica del demanio pubblico) – I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano*". Em uma tradução livre: "Artigo 823. (Condição jurídica do domínio público) – Os bens que fazem parte do domínio público são inalienáveis e não podem se constituir como objeto de direitos a favor de terceiros, salvo nos modos e limites estabelecidos pelas leis que os tutelam".

[66] Assim, estes bens podem ser objeto de transferência de um Ente Público para outro, pois, este negócio jurídico é regido por regras de Direito Público. (CAMMEO, Federico. *Op. cit.*, p. 458-459; SANDULLI, Aldo M. *Manuale...*, p. 276.)

[67] A primeira alínea do artigo 1145, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 1145. (Possesso di cose fuori commercio) – Il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto*". Em uma tradução livre: "Art. 1145. (Posse das coisas fora do comércio) – A posse das coisas que não são passíveis de apropriação privada não produz efeitos jurídicos".
Esta questão, contudo, não é pacífica na doutrina. Conforme Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vitorio Italia, o abandono dos bens do *demanio pubblico* por um longo lapso temporal equivale à cessação tácita de sua destinação a uma finalidade pública e, portanto, a sua transferência para a categoria dos *beni patrimoniali*, os quais são passíveis de serem adquiridos por usucapião. (LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 117. No mesmo sentido: CAMMEO, Federico. *Op. cit*., p. 462.)

[68] O item 1, do artigo 2810, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 2810. (Oggetto dell'ipoteca) – Sono capaci d'ipoteca: 1) i beni immobili che sono in commercio con le loro pertinenze*". Em uma tradução livre: "Artigo 2810 (Objeto da hipoteca) – São capazes de hipoteca: 1) os bens imóveis que estão no comércio com as suas dependências".

[69] Em sentido oposto, Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vitorio Italia entendem que os bens do *demanio pubblico* das comunas podem ser objeto de desapropriação por utilidade pública. (LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 117.)

[70] A segunda alínea do artigo 823, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 823. (Condizione giuridica del demanio pubblico) – (...) Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice*". Em uma tradução livre: "Artigo 823. (Condição jurídica do domínio público) – (...) Compete à autoridade administrativa a tutela dos bens que fazem parte do domínio público. Esta tem a faculdade seja de proceder na via administrativa, seja de valer-se dos meios ordinários para defender a propriedade e a posse regulada pelo presente código".

[71] ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 6-7, 9 e 15-16. No mesmo sentido: CAMMEO, Federico. *Op. cit.*, p. 458-460; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 104-106 e 115-116; SANDULLI, Aldo M. *Manuale...*, p. 257 e 272-175; ALESSI, Renato. *Principi...*, p. 516 e 529-530.

[72] ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 10-13.

individuais a uma "*prestazione di utilità e di servizi*" – prestação de utilidade e dos serviços – por parte dos Entes Públicos.

Para Zanobini, o citado *diritto civico* não era verdadeiramente um direito, mas um interesse legítimo – reconhecido a todos, indistintamente, sem se sujeitar a qualquer condição ou adimplemento dos usuários[73]. Ao contrário, Federico Cammeo[74], Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vitorio Italia[75] reconheciam que o uso coletivo dos bens do *demanio pubblico* tem natureza de um direito público subjetivo. Para Cammeo, este direito garantia aos usuários prerrogativas pessoais nas relações jurídicas entre estes e o titular público e prerrogativas de direito real nas relações entre os usuários e os terceiros não-proprietários.

Outrossim, o uso coletivo não impedia que os titulares públicos pudessem colher os frutos e as rendas decorrentes da exploração destes bens ou das atividades realizadas neles[76] – o que denotava que os citados Entes Públicos eram titulares do *ius fruendi*. Ademais, a inalienabilidade destes bens não impedia que, cessada a sua destinação, eles migrassem ao patrimônio dos seus titulares e pudessem ser alienados[77]. Assim, a inalienabilidade longe de afastar a natureza proprietária, confirma-a, em consonância à tese defendida por Hauriou[78].

---

[73] Neste sentido, os usos sujeitos ao pagamento de uma contraprestação conferiam ao indivíduo um direito individual ao uso, o qual tinha natureza de direito público subjetivo. Por sua vez, os títulos de uso privativo conferiam aos usuários direitos de natureza real e condicionado. Isto é, o direito contido no título era oponível a terceiros e contra o proprietário público, porém, diante da mutabilidade do interesse público, o proprietário público podia extinguir este direito, o que denotava a precariedade do próprio título. (*Ibid*., p. 31-37.)

[74] CAMMEO, Federido. *Op. cit.*, p. 461.

[75] LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 104-106 e 115-116; SANDULLI, Aldo M. *Manuale...*, p. 114-115.

[76] CAMMEO, Federido. *Op. cit.*, p. 457. Estes frutos e rendas têm a natureza de *beni patrimoniali* e, como tais, sujeitam-se às regras gerais do Código Civil, entre as quais estão aquelas que autorizam que estas rendas sejam empregadas para garantir dívidas públicas. Neste sentido, a segunda alínea do artigo 2810, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 2810. (Oggetto dell'ipoteca)* – (...). *Sono anche capaci d'ipoteca le rendite dello Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico, e inoltre le navi, gli aeromobili e gli autoveicoli, secondo le leggi che li riguardano*". Em uma tradução livre: "Artigo 2810 (Objeto da hipoteca) – (...). São também capazes de hipoteca a renda do Estado no modo determinado pela lei relativa ao débito público, e, também, os navios, os aviões e os automóveis, segundo as leis que lhes são aplicáveis".

[77] O artigo 829, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 829. (Passaggio di beni dal demanio al patrimonio) – Il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato dev'essere dichiarato dall'autorità amministrativa. Dell'atto deve essere dato annunzio nella Gazzetta Ufficiale del Regno. Per quanto riguarda i beni delle provincie e dei comuni, il provvedimento che dichiara il passaggio al patrimonio dev'essere pubblicato nei modi stabiliti per i regolamenti comunali e provinciali*". Em uma tradução livre: "Artigo 829. (Passagem dos bens do domínio ao patrimônio) – A passagem dos bens do domínio público ao patrimônio do Estado deve ser declarada pela autoridade administrativa. Este ato deve ser publicado na Gazeta Oficial do Reino. No que concerne aos bens das províncias e das comunas, o procedimento que declara a passagem ao patrimônio deve ser publicado nos modos estabelecidos pelos regulamentos comunais e provinciais".

[78] Em consonância a Otto Mayer, Guido Zanobini também reconheceu a propriedade como uma noção jurídica categorial que se liga à "*signoria diretta dell'uomo sulla cosa*" – "senhoria direta do homem sobre a coisa" – o que a tornava comum tanto ao Direito Privado quanto ao Direito Público. Neste sentido, ele reconheceu que se aplicava à propriedade pública a mesma lógica adotada em relação ao contrato e à responsabilidade, pois, ambos os institutos se desenvolveram no âmbito do Direito Privado. Porém, com o tempo, descobriu-se que eles eram comuns a todos os ramos do Direito e, em cada um destes, os citados institutos apresentavam elementos próprios que os diferenciavam das categorias jurídicas originais. (ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 13.)

Por sua vez, a categoria dos *beni patrimoniali* é construída em oposição a dos bens do *demanio pubblico*[79]. Eles são objetos de direito de propriedade privada das pessoas jurídicas de direito público – Entes Territoriais ou não. Para Zanobini, ao contrário dos bens do *demanio pubblico*, o rol dos *beni patrimoniali* era exemplificativo, o que significava que podiam ser agregados novos bens diversos daqueles prescritos textualmente pelas leis[80]. Estes bens são regidos pelo Direito Civil, ou por leis especiais que lhes conferem um regime jurídico particular, em consonância à sua destinação[81].

As citadas leis especiais tornam os bens vinculados à realização de um serviço público indisponíveis e esta condição somente será perdida quando eles perderem esta destinação, nos termos e formas previstas por estas leis especiais[82]. Como se afirmou acima, em decorrência destas leis especiais, os *beni patrimoniali indisponibili* também se sujeitarão a regras semelhantes àquelas conferidas ao *demanio pubblico*.

Assim, inserem-se entre as determinações deste regime jurídico as restrições quanto à possibilidade de alienação dos *beni patrimoniali indisponibili*. Isto é, enquanto eles se mantiverem destinados à prestação dos serviços públicos, a sua alienação somente será possível se a sua finalidade for respeitada[83]. Ademais, eles podem ser objetos de direitos reais que beneficiem indivíduos – por exemplo, servidões – desde que estes sejam compatíveis com a sua destinação pública. Além disso, se as leis especiais que os regulam não prescreverem o contrário, eles podem ser adquiridos por usucapião, ser desapropriados e ser sujeitos à venda forçada para quitação de dívidas públicas[84]. Igualmente, em consonância às citadas leis, eles podem ser objeto de contratos e não geram isenções de obrigações tributárias[85].

Como mencionado acima, em oposição a este grupo majoritário de autores, há um outro grupo de doutrinadores. Apesar de ambos reconhecerem que a relação jurídica de pertença

---

[79] ALESSI, Renato. *Principi...*, p. 543.

[80] Em sentido oposto, Federico Cammeo compreende que o rol legal dos bens do *demanio pubblico* e dos *beni patrimoniali* são exemplificativos. Para mais informações: CAMMEO, Federico. *Op. cit.*, p. 455.

[81] ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*, p. 16; ALESSI, Renato. *Principi...*, p. 543.

[82] A segunda alínea do artigo 828, do atual Código Civil italiano, prescreve: "*Articolo 828. (Condizione giuridica dei beni patrimoniali) – (...). I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano*". Em uma tradução livre: "Artigo 828 (Condição jurídica dos bens patrimoniais) – (...). Os bens que fazem parte do patrimônio indisponível não podem ser subtraídos de sua destinação, salvo nos modos estabelecido pelas leis que os regulam".

[83] *Ibid*., p. 545.

[84] Para Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vitorio Italia, somente os *beni patrimoniali disponibili* podem ser objeto de venda forçada para pagamento de dívidas. Os *beni patrimoniali indispoibili* assim como os bens do *demanio pubblico* são impenhoráveis em razão da sua destinação, a qual somente pode alterada por ato do Ente Público titular. (LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 125.)

[85] CAMMEO, Federico. *Op. cit.*, p. 478-479; SANDULLI, Aldo M. *Manuale...*, p. 285; ALESSI, Renato. *Principi...*, p. 543-545.

dos bens públicos tem natureza proprietária, porém, ao contrário dos autores acima analisados, os membros deste segundo grupo se opõe à teoria da propriedade pública.

Para Ernst Forsthoff[86], os bens fiscais, destinados à constituição de rendas públicas – ou os bens do domínio privado, segundo a classificação francesa – sujeitavam-se ao Direito Civil que era parcialmente derrogado por leis especiais. Estas leis eram instituídas com base num critério subjetivo – estes bens pertenciam às pessoas jurídicas de direito público.

Em consonância à Hauriou e, portanto, em oposição à Mayer e à doutrina italiana, Forsthoff compreendia que os bens administrativos abrangiam os bens de uso comum[87] e aqueles destinados ao funcionamento dos órgãos e serviços públicos. Este segundo grupo de bens era regido pelo Direito Público, pois, eles se destinavam ao atendimento de uma necessidade coletiva inserta na noção de interesse público. Neste caso, esta destinação decorria da própria natureza do bem ou de um ato de afetação somado ao efetivo uso do bem em consonância a este ato[88].

Contudo, para Forsthoff, os bens administrativos não escapavam totalmente do âmbito de aplicação do Direito Civil, pois, eles continuavam sendo objetos de propriedade privada dos Entes Públicos. Esta permanência da validade do Direito Civil podia ser ilustrada pelos casos em que não houvesse regras específicas de Direito Público para regularem determinadas situações jurídicas relacionadas aos bens públicos. Nestas hipóteses, os Entes Públicos deviam aplicar as regras civis, o que denotava a sua indispensabilidade.

---

[86] FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*, p. 482-490 e 497-498. No mesmo sentido: FLEINER, Fritz. *Op. cit.*, p. 216-222.

[87] Para Forsthoff, os bens de uso coletivo se caracterizavam pela impossibilidade de individualizar os usuários, os quais podiam utilizar o bem de forma livre, sem qualquer licença especial, embora, o Ente Público pudesse estabelecer condições para a sua utilização. Ademais, o uso coletivo não impedia a cobrança de taxas, desde que estas tivessem finalidades fiscais e não se dirigissem para restringir o acesso ou o círculo de usuários.
Segundo o autor, estas características indicavam que os usuários destes bens eram titulares de um direito subjetivo público ao uso coletivo dos mesmos, os quais podiam ser reclamados perante os Tribunais judiciários ou administrativos. Assim, ao mesmo tempo em que os usuários eram titulares do direito de uso coletivo, eles não podiam impedir que os demais indivíduos também utilizassem o bem.
Ao lado do direito de uso coletivo, havia a possibilidade de a lei autorizar que os Entes Públicos concedessem o direito de uso privativo mediante atos ou contratos – de direito púbico ou de direito privado – e que conferiam ao usuário um direito especial de aproveitamento do bem de uso coletivo. (FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*, p. 500-508.)
Fritz Fleiner adotou uma caracterização semelhante àquela de Forsthoff, porém, dissentia deste último no que concerne à natureza do direito de uso dos bens públicos, pois, para ele, não havia um direito público subjetivo ao uso coletivo destes bens. Ele também discordava de Forsthoff quanto aos títulos de uso privativo, pois, para Fleiner este uso somente podia ser conferido por atos administrativos unilaterais, que conferiam ao beneficiário um direito público subjetivo oponível ao proprietário público. Para mais informações: FLEINER, Fritz. *Op. cit.*, p. 224 e 229-233.)

[88] Em sentido oposto, para Fritz Fleiner, os bens administrativos eram naturalmente afetados a uma destinação pública ou eram afetados por um ato jurídico do proprietário público. Dessa forma, para ele, era desnecessário que o bem fosse efetivamente utilizado em consonância ao ato de afetação. (*Ibid*., p. 217.)

Não obstante a aplicação subsidiária do Direito Privado, a supremacia do interesse público impactava os citados bens, pois, a vinculação deles à realização desta finalidade tinha primazia sobre as relações jurídicas privadas que os tinham por objeto. Porém, nem mesmo esta primazia afastava, totalmente, o Direito Civil. Os atos e regras de direito privado que incidiam sobre estes bens eram lícitos, desde que eles fossem compatíveis e não prejudicassem a sua afetação à realização do interesse público concreto ao qual eles estavam afetados[89]. Ademais, os bens administrativos não estavam completamente excluídos do comércio jurídico de direito privado e, também, não estavam imunes à instituição de direitos reais que beneficiassem terceiros.

Porém, como afirmava Fritz Fleiner, os atos jurídicos de direito privado não podiam retirar a afetação pública atribuída aos bens administrativos. Estes, também, não podiam ser desapropriados por utilidade pública antes de o Ente Público proprietário desafeta-los[90].

A refutação da teoria da propriedade pública, em termos aproximados àqueles expostos por Forsthoff e Fleiner, chegou aos dias atuais, como se percebe, por exemplo, em Yves Gaudemet[91]. Para ele, atualmente, na França, não há que se discutir que a relação de pertença dos bens públicos tem natureza jurídica proprietária, afinal, a promulgação do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* – Código Geral da Propriedade das Pessoas de Direito Público – afastou qualquer dúvida neste sentido[92].

Todavia, o reconhecimento desta natureza jurídica não implica em admitir a existência de um direito de propriedade pública dotado de características que o distingue do direito de propriedade privada. Isto porque, as especificidades do regime jurídico dos bens públicos decorrem da multiplicidade de regimes jurídicos proprietários. Assim, para Gaudemet, os bens do *domaine public* se caracterizam como objetos de direito de propriedade dos Entes Públicos sobre os quais incide um regime jurídico suplementar criado pelo ato de afetação destes bens a uma finalidade de utilidade pública específica[93].

Em síntese, portanto, ao se analisar o *domaine public* está-se diante de duas situações distintas. De um lado, há a relação jurídica de pertença dos bens que o compõem, os quais são objetos do direito de propriedade da pessoa jurídica de direito público e não discrepam

---

[89] Assim, para Fleiner, todos os atos de utilização dos bens administrativos que não se relacionavam diretamente à destinação pública dos bens administrativos eram regidos pelo Direito Privado. (*Ibid*., p. 220.)

[90] FLEINER, Fritz. *Loc. cit.*

[91] GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 13-22.

[92] No mesmo sentido: FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 4 e 59.

[93] Segundo o autor, este regime funciona "*comme un voile – le voile de l'affectation à l'utilité publique – qui s'étend sur la propriété publique, sur certaines propriétés publiques*". Isto é, ele opera "como um véu – o véu da afetação à utilidade pública, que se estende sobre a propriedade pública, sobre certas propriedades públicas". (GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 19.)

do direito de propriedade privada dos bens pertencentes aos indivíduos. De outro lado, há a afetação do bem público, a qual é instituída por meio de um ato jurídico regido pelo Direito Público. Por meio deste ato objetiva-se vincular um determinado bem público à realização de um interesse público específico e adequar as prerrogativas proprietárias de forma a que elas estejam em consonância à realização do fim público que o bem deverá atender.

1.1.1.3 A falta de consenso da doutrina brasileira sobre o tema

Diversamente do que ocorre com as doutrinas europeias, em geral, os doutrinadores brasileiros não apresentam discussões aprofundadas acerca da natureza jurídica da relação de pertença dos bens públicos. Como regra geral, eles ligam a pertença dos bens públicos à realização do interesse público[94].

Com base nesta vinculação, alguns doutrinadores sequer abordam a natureza jurídica do direito dos Entes Públicos sobre os seus bens ou não explicitam, de forma clara, a sua posição[95]. Em outros casos, eles fazem breves referências a um ou mais autores ou sistemas jurídicos acima citados e concluem que a relação de pertença não tem natureza proprietária[96] ou pode ser configurada como uma propriedade pública, conforme as lições de Hauriou[97].

---

[94] Dessa forma, como já indicado anteriormente, esta vinculação denota a necessidade de analisar esta última categoria para compreender o regime jurídico brasileiro

[95] "O regime de *dominialidade pública* não é um regime equivalente ao da propriedade privada. Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências. Para determinados efeitos, esse vínculo assemelha-se ao vínculo de propriedade, por exemplo: a aquisição pode ser efetuada por meios habituais de aquisição da propriedade privada; bens públicos dos Estados e Municípios podem ser desapropriados e desapropriação pressupõe propriedade; podem ser objeto de ações rescisórias". (Itálico no original) (MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 247.)

[96] Neste sentido, Marçal Justen Filho, ao analisar os bens de uso coletivo – bens de uso comum do povo, conforme a terminologia pátria – filia-se às orientações de Berthélemy e Proudhon e, portanto, não reconhece que a relação jurídica de pertença dos bens públicos tenha natureza jurídica proprietária. Para mais informações: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 900-907. No mesmo sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit*.

[97] "Na época contemporânea, no início deste século, os autores liderados por Maurice Hauriou, passaram a afirmar a tese da propriedade administrativa sobre o domínio público, mas uma *propriedade regida pelo direito público*. Ela tem pontos de semelhança e de diferença com a propriedade privada: assim é que a Administração exerce sobre os bens do domínio público os direitos de *usar* ou de autorizar a sua utilização por terceiros; o de *gozar*, percebendo os respectivos frutos, naturais ou civis; o de dispor, desde que o bem seja previamente desafetado, ou seja, desde que o bem perca a sua destinação pública. Por outro lado, a Administração sofre certas *restrições* também impostas ao particular (como a transcrição no Registro de Imóveis). Além de outras próprias do direito público (como as normas sobre competências, forma, motivo, finalidade, etc.); e dispõe de *prerrogativas* que o particular não tem, como poder de polícia que exerce sobre seus bens.
Em razão disso, foram afastadas as doutrinas que viam na propriedade do Estado um direito de propriedade privada ou que negavam a existência desse direito em relação aos bens do domínio público. Passou-se a adotar

Em apoio a tese negacionista, tem-se que o regime jurídico dos bens públicos foi abordado na Parte Geral do Código Civil de 1916 – o que foi repetido pelo Código de 2002 – juntamente com o delineamento dos bens e não do direito de propriedade. Dessa forma, tanto o legislador de 1916 quanto o de 2002 teriam optado, explicitamente, por excluir a relação jurídica de pertença destes bens de qualquer forma de equiparação com a propriedade.

Por sua vez, aqueles que defendem a existência da propriedade pública se sustentam no caráter restritivo da abordagem realizada pelo Código Civil. Este se limitou a tratar os bens públicos naquilo que fosse imprescindível para conferir uma abordagem completa da teoria dos bens e, portanto, o silêncio do Código não excluiria a natureza jurídica proprietária[98]. Esta podia ser comprovada pelas diversas leis específicas que tratavam da matéria, as quais permitiam reconhecer, ainda que de forma implícita, a existência de um direito de propriedade, regido pelo Direito Administrativo.

Uma síntese de todas as orientações estrangeiras acima mencionadas pode ser encontrada em Rui Cirne Lima[99], cuja construção teórica influenciou os demais doutrinadores brasileiros. Segundo ele, o bem público é o objeto da relação jurídica de Direito Administrativo e ocupa papel de participante "da Administração Pública como atividade", vinculado ao seu "fim peculiar", isto é, o interesse público. Em razão de existirem várias formas de se empregar um bem para atingir este escopo, múltiplas são as nuances do regime jurídico aplicável a cada uma destas coisas.

Assim, para Rui Cirne Lima, o grau de variabilidade do citado regime jurídico somente permitia estipular tipos ideais de vinculação dos bens públicos ao interesse público. Os bens de uso coletivo – nomeados pelo autor de bens do "domínio público" – constituiriam "a forma mais completa da participação de um bem na atividade de Administração Pública". Os demais bens das pessoas jurídicas de direito público interno – denominados de "bens do

---

a tese da *propriedade pública*; esta, segundo Hauriou, não é, em sua essência diferente da propriedade privada, mas a existência da *afetação* dos bens lhe imprime características peculiares". (itálico no original) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 674-675.)

[98] Após analisar a teoria de Otto Mayer e retomar as conclusões que Clóvis Beviláqua – autor do Código de 1916 – proferiu, em 1902, nos Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados que analisou o projeto da citada lei, Themístocles Brandão Cavalcanti afirmou: "O projeto Clóvis Beviláqua, e mais tarde o próprio Código, por isso mesmo, pouco trataram do assunto, o que não tem impedido certos mal-entendidos que culminam com a aplicação excessiva dos princípios civilistas ao regime dos bens públicos.
Disse o sábio autor do projeto:
'Julgando o Código Civil incompetente para discriminar os bens que pertencem à União aos Estados e aos Municípios, e para lhes conferir a administração dos mesmos não transpus as raias dos princípios gerais, articulando o bastante apenas para completar a teoria dos bens. No sentido do projeto atual manifestaram-se até certo ponto, a comissão revisora do projeto Coelho Rodrigues e a do Senado Federal'.
Seguiu, assim, o Código a orientação da generalidade das legislações civis, sem opor obstáculos às leis administrativas". (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 315.)

[99] LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186-187, 189-190.

patrimônio administrativo" – tinham um caráter instrumental. Eles se vinculavam à "execução dos serviços públicos", mas, não participavam "propriamente da Administração Pública", visto que se inseriam no "aparelho administrativo".

Ademais, conforme a teoria de Rui Cirne Lima, os bens pertencentes aos indivíduos também podiam se inserir no conjunto dos bens públicos – no "domínio público" ou nos "bens do patrimônio administrativo". Este era o caso, por exemplo, do "álveo do rio público, tirado pela natural mudança do curso deste à propriedade particular", ou "as vias de comunicação dos loteamentos", devidamente registrados. Neste sentido, para explicar as mutações no regime jurídico proprietário dos bens particulares, o autor ampliou o conceito de bens públicos de forma a abarcar todos os bens que integram o patrimônio público e, também, a propriedade privada funcionalizada.

Nessa ótica, para Rui Cirne Lima, a caracterização do bem como público dependia "da medida" de sua "participação" na "atividade administrativa", e não do direito de propriedade, de conformação civilista, ou de sua titularidade. Para ele, o regime jurídico dos bens públicos e o direito de propriedade não se confundiam ou se excluíam, pois, em algumas situações a relação jurídico-administrativa refletia e reproduzia os "lineamentos clássicos da propriedade". Portanto, nestas hipóteses, o regime jurídico de direito público e o direito de propriedade incidiam sobre o mesmo objeto, mas, o primeiro paralisava e dominava o segundo, sobrepondo-se a ele sem afastá-lo[100].

Percebe-se, assim, que, ao mesmo tempo em que Rui Cirne Lima se filiava às teses de Duguit sobre a *échelle de la domanianlité*, ele se aproximava das teses de Maurice Hauriou, de Otto Mayer e da doutrina italiana[101]. Para ele, as relações de direito administrativo que envolvem os bens públicos – independentemente de sua titularidade – são análogas às relações proprietárias, sem com elas se confundirem. Afinal, enquanto na propriedade privada há "o direito de excluir", nas relações que têm por objeto os bens públicos há situações em que o não-proprietário têm "pretensão a não ser excluído"[102].

Esta síntese da concepção doutrinária brasileira denota a ausência de consenso sobre o tema. Assim, verifica-se a necessidade de se analisar se o ordenamento jurídico

---

[100] *Ibid*,, p. 189.

[101] Paulo Alberto Pasqualini, atualizador da obra de Rui Cirne Lima, indica que este último, ao tratar da teoria da afetação, aproxima-se, em certa medida da concepção de autores como Fritz Fleiner, Ernst Forsthoff e Yves Gaudemet. (PASQUALINI, Paulo Alberto. Notas de atualização. In: LIMA, Rui Cirne. *Op. cit.*, p. 193 e 194.)

[102] Ao sintetizar esta concepção, Odete Medauar considera os bens públicos como aqueles que pertencem "aos entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público", e, para isso, aplica-se a eles um regime jurídico diverso do incidente para os bens particulares. (MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 247.)

brasileiro fornece elementos capazes de atribuir à relação jurídica de pertença dos bens públicos a natureza jurídica proprietária. Em caso afirmativo, deve-se verificar se a propriedade dos bens públicos discrepa do direito de propriedade dos bens pertencentes aos indivíduos, notadamente face às atuais compreensões da doutrina civilista sobre este tema. Neste ponto, deve-se assegurar especial atenção ao papel da função social como elemento definidor da finalidade do bem – objeto do direito de propriedade – e conformador das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias.

Porém, a mencionada análise não pode desconsiderar as especificidades que a Constituição brasileira e o direito infraconstitucional conferiram ao regime jurídico dos bens públicos. Isto porque, no Brasil, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade apresentam conformações próprias que as diferenciam dos demais sistemas jurídicos citados.

1.1.2 O regime jurídico-constitucional dos bens públicos brasileiros

Ainda que existam variações e dissensos doutrinários, os ordenamentos jurídicos europeus separam os bens públicos em duas categorias. A primeira abrange bens que, devido à sua afetação, são excluídos do comércio jurídico de direito privado, o que os torna inalienáveis por meio de títulos de direito privado, imprescritíveis e impenhoráveis. Por sua vez, os bens que não possuem uma afetação específica a uma finalidade de utilidade pública são passíveis de alienação, podem ser adquiridos por meio de usucapião e podem ser dados em garantia.

Todavia, no caso brasileiro, esta segmentação não apresenta estas mesmas consequências, pois, a Constituição, implícita ou explicitamente, confere aos citados atributos uma conformação jurídica própria. Ademais, o ordenamento infraconstitucional – notadamente o Direito Urbanístico – criou novos instrumentos e regras que, sem macularem a Constituição, definiram novas linhas evolutivas a estes atributos, as quais, geralmente, não são consideradas pela doutrina e pela jurisprudência. Neste sentido, faz-se necessário, inicialmente, esquadrinhar o regime jurídico-constitucional dos bens públicos, para, em seguida, apontar as mencionadas inovações trazidas pelo Direito Urbanístico brasileiro.

A expressão “os bens públicos são inalienáveis” deve ser compreendida de forma relativizada, pois, a Constituição reconhece a possibilidade da sua alienação, desde que se

observem procedimentos e regras específicas[103]. Por um lado, os bens públicos afetados estão excluídos do comércio jurídico de direito privado – eles somente podem ser alienados por meio de instrumentos de direito público[104]. Por outro lado, os bens desafetados podem ser alienados por meio de instrumentos de direito público e de direito privado[105].

Não obstante estas diferenças, tem-se que a alienação dos bens públicos deve obedecer, em regra, ao *iter* prescrito, pelos artigos 17, 19 e 22, §§1º e 5º, todos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Em linhas gerais, exige-se que se analise se a alienação atenderá ao interesse público, hipótese em que se o bem estiver afetado, ele deverá ser desafetado. Exige-se, também, a sua avaliação prévia e a edição de lei que autorize a alienação[106]. Ademais, em regra, esta alienação será precedida de processo licitatório na modalidade de concorrência ou leilão[107].

Conforme o inciso I, do mencionado artigo 17, a licitação será dispensada: no caso de investidura[108]; se o bem se destinar à quitação de dívidas do Ente Público; se o bem for transferido para outra entidade da Administração Pública, de forma onerosa ou gratuita[109].

---

[103] Esta afirmação pode ser ilustrada pelo inciso XXI, do artigo 37, e pelo inciso XVII, do artigo 49, os quais prescrevem: "Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional (...) XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares".

[104] "No entanto, é possível a alienação por meio de institutos publicísticos. Dizer que um bem está fora do comércio jurídico, significa excluí-lo do comércio jurídico de direito privado, mas não do comércio jurídico de direito público, caso contrário ficaria a Administração impedida de extrair dos bens do domínio público toda sua potencialidade de utilização em consonância com a função social que é inerente à própria natureza da propriedade pública". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 684-685.)

[105] *Ibid*., p. 253.

[106] MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 131-132.

[107] A avaliação prévia dos bens e a sua alienação mediante concorrência ou leilão objetivam garantir que os bens serão alienados conforme os preços de mercado. Assim, estas regras são uma tradução da regra francesa que impede a cessão dos bens públicos "*à vil prix*" – a "um preço vil, insignificante". (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 20; AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 22; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 25.)

[108] Prescreve o §3º, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, conforme a redação dada pela Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998: "Art. 17 – (...) §3º – Entende-se por investidura, para os fins desta lei: I – a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinqüenta por cento) do valor constante da alínea '*a*' do inciso II do art. 23 desta lei; II – a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão".

[109] Conforme o §1º e o inciso I, do §2º, todos do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, os imóveis doados a outras entidades da Administração Pública não poderão ser alienados pelo adquirente, pois, estes bens reverterão ao doador quando cessarem as razões que justificaram a doação. Ademais, o Ente Público poderá

Também se dispensará a licitação nos casos de permuta de um imóvel por outro que atenda de forma mais adequada ao interesse público. Este é o caso de o imóvel permutado possuir melhores instalações ou localização para o funcionamento de um serviço ou órgão público, desde que o seu preço seja "compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia".

Outro caso de dispensa se refere aos "imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública". Neste caso os beneficiários destes programas poderão adquirir a propriedade do imóvel – mediante venda ou doação, ou por meio de um direito real que lhes garanta o uso do imóvel, como é o caso da enfiteuse ou da concessão de direito real de uso. Este mesmo direito e instrumentos se aplicam aos imóveis "de uso comercial de âmbito local com área de até 250m²", desde que eles estejam inseridos na área abrangida pelos citados "programas de regularização fundiária".

Dessa forma, percebe-se que esta característica apresenta inúmeras exceções, as quais obrigam que a inalienabilidade seja adjetivada como relativa e que ela se aplica, em maior ou menor grau, a todas as espécies de bens públicos. Entre as citadas exceções podem-se enfatizar as regras que prescrevem a inaplicabilidade de prévio processo licitatório nos casos relacionados à execução das políticas públicas de regularização fundiária urbana e de realização do direito à moradia.

Ademais, a exigência de prévia desafetação dos bens públicos é, geralmente, suprida por meio dos atos que transferem o órgão público que funcionava em um imóvel para outro ou pela lei que autoriza a sua alienação. Afinal, no sistema jurídico brasileiro, os atos de afetação e de desafetação não exigem formalidades específicas.

Outrossim, a exigência de edição de lei específica que autorize a alienação de cada um dos bens públicos vem sendo relativizada por diversos textos jurídico-normativos que autorizam a transferência de um conjunto ou de uma determinada espécie de bens. Neste último caso inserem-se, por exemplo, a Lei n. 11.483, de 31 de maio de 2007, que prescreve as regras para transferência dos imóveis que foram transferidos para a União com a liquidação da Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima. Outra ilustração pode ser encontrada na Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, que prescreveu as novas regras aplicáveis à regularização fundiária urbana e autorizou a União a transferir os bens públicos ocupados àqueles que estivessem em sua posse.

---

também, transferir sem licitação, às entidades da Administração Pública, direitos reais que garantam a elas o uso de bem público.

Estas flexibilizações se inserem no âmbito das ações de desburocratização da política urbana e do Direito Urbanístico[110]. Não obstante os impactos decorrentes destas inovações, as mesmas não são devidamente abordadas pela doutrina e pela jurisprudência e não são consideradas pela Administração Pública no momento de delinear as políticas públicas. Assim, este silêncio denota a necessidade de se considerarem estes diversos aspectos e os seus impactos no momento de examinar a atual conformação da inalienabilidade.

A segunda característica dos bens públicos é a imprescritibilidade, segundo a qual eles não podem ser adquiridos por meio de usucapião. A doutrina brasileira se divide sobre os fundamentos desta característica[111]. Para alguns autores, ela decorre do direito positivo – princípio da legalidade[112] – e é um reflexo da supremacia e da indisponibilidade do interesse público[113]. O segundo grupo agrega a estes fundamentos o reconhecimento de que a imprescritibilidade decorre da inalienabilidade relativa[114].

Se os bens públicos somente podem ser alienados por meio de uma manifestação do seu titular que concorde com a transferência de sua titularidade, não se admite a aquisição por meio de usucapião[115], pois, esta forma de aquisição originária prescinde da citada manifestação de volitiva – ou seja, é uma forma de alienação involuntária. Assim, conforme a doutrina, os bens públicos encontram-se protegidos contra "a negligência da própria

---

[110] Neste sentido, o inciso XV, do artigo 2º, da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, prescreve que: "Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais".

[111] A presença destes dois fundamentos denota que embora interligadas, a imprescritibilidade e a inalienabilidade são dotadas de um grau de autonomia, consoante ao que se verifica no ordenamento francês, como se depreende das lições do professor Norbert Foulquier. (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 177. Em sentido oposto, Christophe Guettier considera a imprescritibilidade como uma decorrência da inalienabilidade. Para maiores informações: GUETTIER, Christophe. *Droit administratif des biens*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008. p. 211-212. No mesmo sentido deste último: GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 208.)
Como se verá à frente, esta autonomização se acentua à medida que se relativiza a inalienabilidade, o que não se restringe aos supracitados atributos, mas, também alcança a impenhorabilidade e a não-oneração.

[112] Rui Cirne Lima compreendia que a imprescritibilidade dos bens públicos tinha como único fundamento a lei, a qual vedava a alienação destes bens em dissonância ao procedimento prescrito, e proibia a aquisição pelos particulares de bens públicos mediante usucapião. (LIMA, Rui Cirne. *Op. cit.*, p. 199-200).

[113] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 916; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 945; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 253; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1253.

[114] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 64; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 572-573; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 584.

[115] "A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como conseqüência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação da usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 572-573.)

Administração"[116], o que significa que a "omissão administrativa" não é uma tese garantidora da pretensão do ocupante[117].

Dessa forma, o Ente Público titular do bem pode requerer a sua reintegração, independentemente do tempo da ocupação, adotando os meios processuais aplicáveis à proteção da propriedade ou da posse de imóveis particulares prescritos nos Códigos Civil e de Processo Civil. No que concerne aos bens federais, os ocupantes somente terão direito à indenização pelas benfeitorias se notificarem a União sobre a "realização das mesmas dentro de 120 (cento e vinte) dias contados da sua execução"[118].

A vedação à usucapião de bens públicos não é recente no ordenamento jurídico brasileiro, como comprova a Súmula n. 340 editada em 1963 pelo Supremo Tribunal Federal. Esta ao fixar a interpretação do Código Civil de 1916, definiu que os bens públicos, independentemente de se destinarem ou não a uma finalidade pública específica não podem ser adquiridos por meio de usucapião[119]. Para pôr fim a quaisquer interpretações que admitissem a usucapião de bens públicos, o §3º, do artigo 183 e o parágrafo único, do artigo 191, ambos da Constituição da República, afastaram esta modalidade de aquisição originária do regime jurídico dos bens públicos[120].

Assim, ao contrário dos sistemas europeus, no Brasil, a imprescritibilidade é uma regra geral aplicável aos bens públicos afetados ou não a uma destinação pública específica. Entretanto, o ordenamento infraconstitucional brasileiro criou inúmeros instrumentos jurídicos que objetivam garantir a segurança jurídica dos ocupantes de imóveis públicos urbanos, notadamente, quando estes indivíduos se inserem nas camadas mais pauperizadas da população. Este é o caso, por exemplo, da concessão de uso especial para fins de moradia criada pela Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001. Outra ilustração pode ser encontrada na legitimação fundiária prescrita pela Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017.

A impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração estão inter-relacionadas e, por esta razão, alguns autores não reconhecem a autonomia da segunda[121]. A primeira se refere

---

[116] MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 253.

[117] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1253.

[118] Esta é a regra contida no artigo 90, do Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946.

[119] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 340*. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=340.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[120] Segundo Diógenes Gasparini, estas regras protegem, também, os bens móveis. (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 945.) Esta interpretação se fortalece por meio da regra contida no artigo 102, do Código Civil atual, o qual prescreve: "Art. 102 – Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião".

[121] Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo compreendem que a não-oneração está contida na impenhorabilidade. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 916; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 584.) Todavia, há autores que separam ambas as características. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito*

à impossibilidade de os bens públicos satisfazerem os credores da dívida pública, o que significa que o juiz não pode arrecadar estes bens e destiná-los para esta finalidade. A impossibilidade de oneração significa que os bens públicos não poderão ser gravados com direitos reais de garantia, pois, os credores não poderão executar a hipoteca.

Ambas as características têm duplo fundamento[122]. O primeiro deles decorre da forma especial por meio da qual se executam as dívidas públicas no Brasil e é considerado pela doutrina como o principal. Em síntese, após os Entes Públicos serem condenados ao pagamento de dada quantia, o juiz determinará a expedição do precatório ou a requisição para pagamento da dívida – os quais são títulos que corporificam a dívida pública e são regidos pelas regras do artigo 100, da Constituição[123].

---

administrativo..., p. 572-573; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 676-677; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 253-254; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 944-946; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1254.)

[122] Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a impenhorabilidade e a não-oneração decorrem do artigo 100 da Constituição, o qual se justifica, ao que parece, pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, pela indisponibilidade do interesse público e pela legalidade. As professoras Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, consideram que a impenhorabilidade e a não-oneração decorrem dos elementos apontados pelo primeiro autor e, também, da inalienabilidade. Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho e Odete Medauar compreendem que a impenhorabilidade decorre do Texto Constitucional e das leis infraconstitucionais, enquanto a impossibilidade de oneração decorre do regime jurídico delineado pela inalienabilidade e pela impenhorabilidade. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 916; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 584; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 572-573; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 676-677; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 253-254; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 944-946; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1254.)

[123] O artigo 100, da Constituição da República, prescreve: "Art. 100 – Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. §1º – Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no §2º deste artigo. §2º – Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. §3º – O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. §4º – Para os fins do disposto no §3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. §5º – É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. §6º – As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. §7º – O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime

O segundo fundamento da impenhorabilidade – e, por decorrência, da não-oneração – é a inalienabilidade relativa dos bens públicos. Somente se admite a alienação de bens públicos mediante o atendimento das regras acima mencionadas, proibindo-se o uso de quaisquer outros meios que não aqueles prescritos em lei.

Porém, isto não significa que os bens públicos não possam ser destinados ao pagamento das dívidas públicas. Conforme o sobredito artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, os bens públicos podem ser oferecidos para quitar uma dívida, hipótese em que

---

de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. §8º – É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o §3º deste artigo. §9º – No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. §10 – Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no §9º, para os fins nele previstos. §11 – É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. §12 – A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. §13 – O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§2º e 3º. §14 – A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. §15 – Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. §16 – A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. §17 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aferirão mensalmente, em base anual, o comprometimento de suas respectivas receitas correntes líquidas com o pagamento de precatórios e obrigações de pequeno valor. §18 – Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata o §17, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, de transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do §1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo segundo mês imediatamente anterior ao de referência e os 11 (onze) meses precedentes, excluídas as duplicidades, e deduzidas: I – na União, as parcelas entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios por determinação constitucional; II – nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; III – na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio de seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no §9º do art. 201 da Constituição Federal. §19 – Caso o montante total de débitos decorrentes de condenações judiciais em precatórios e obrigações de pequeno valor, em período de 12 (doze) meses, ultrapasse a média do comprometimento percentual da receita corrente líquida nos 5 (cinco) anos imediatamente anteriores, a parcela que exceder esse percentual poderá ser financiada, excetuada dos limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do art. 52 da Constituição Federal e de quaisquer outros limites de endividamento previstos, não se aplicando a esse financiamento a vedação de vinculação de receita prevista no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal. §20 – Caso haja precatório com valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados nos termos do §5º deste artigo, 15% (quinze por cento) do valor deste precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado".

se obedecerão aos procedimentos descritos acima e se dispensará a realização de licitação. No entanto, segundo Marçal Justen Filho, se houver mais de um credor interessado, ou se o bem puder ser alienado por valor maior do que o da dívida, o Ente Público titular do bem deve realizar o processo licitatório, para selecionar a "proposta mais vantajosa"[124].

Além disso, o Poder Judiciário e/ou o credor não podem exigir que o Ente Público titular do bem, utilize-o para pagamento da dívida. Esta decisão se insere na esfera de competências administrativas dos gestores públicos e exigem a colaboração do Poder Legislativo e qualquer tentativa de usurpar esta competência se configura como mácula à Separação dos Poderes.

Outrossim, conforme o artigo 1420, do Código Civil, somente "os bens que se podem alienar" podem ser objetos de direitos reais de garantia. Assim, restringir-se-ia esta possibilidade aos bens que se inserem no comércio jurídico de direito privado, o que exclui os bens públicos, pois eles se submetem a regras especiais para a sua alienação[125].

Portanto, tem-se que também a impenhorabilidade e a não-oneração aplicam-se aos bens públicos em geral, independentemente de os mesmos estarem ou não afetados a uma finalidade pública específica. Ademais, estas características também encontram fundamentos constitucionais, o que contribuiu para demarcar a especificidade do sistema jurídico brasileiro face aos demais ordenamentos jurídicos acima mencionados.

Contudo, a impenhorabilidade e a não-oneração também foram impactadas pelas últimas inovações legislativas ocorridas no âmbito do Direito Urbanístico. A Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, e a Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, autorizaram que os titulares de direitos de uso privativo de bens públicos empregassem-nos para garantir dívidas, as quais são passíveis de serem exigidas judicialmente. Porém, mais uma vez este aspecto e os impactos dele decorrentes não são considerados no momento de examinar estas características.

Além das especificidades que as características acima descritas apresentam, o regime jurídico dos bens públicos brasileiros tem outras particularidades, que, muitas vezes, não são consideradas. Por exemplo, conforme a alínea *a*, do inciso VI, e os §§2º e 3º, todos do artigo 150, da Constituição, os Entes Federados não podem instituir impostos sobre os imóveis pertencentes às demais pessoas jurídicas de direito público interno[126]. Outrossim, como já se

---

[124] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 225.

[125] No mesmo sentido prescreve o inciso I, do artigo 833, do Código de Processo Civil vigente: "Art. 833 – São impenhoráveis: I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução".

[126] A alínea *a*, do inciso VI, e os §§2º e 3º, do artigo 150, da Constituição da República prescrevem: "Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

afirmou, no Brasil, o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, confere à União o poder de desapropriar bens pertencentes aos Estados federados, aos Municípios e ao Distrito Federal, independentemente destes bens estarem afetados. Esta mesma prerrogativa é atribuída aos Estados federados em relação aos bens dos Municípios insertos no seu território.

Segundo a doutrina, estas características – notadamente as quatro primeiras – são as responsáveis por dotar o regime jurídico dos bens públicos de especificidade face ao regramento aplicável aos bens particulares. Ademais, as conformações específicas destas características apontam as diversas diferenças entre o sistema brasileiro e os ordenamentos jurídicos que o influenciaram. Outrossim, como se viu, o regime jurídico dos bens públicos brasileiros encontra fundamentos nos princípios da supremacia do interesse público sobre os interesses privados e na indisponibilidade do interesse público, o que exige que estas bases sejam explicitadas.

Todas estas descrições fornecem os fundamentos necessários para que se possam apresentar: a forma como a teoria da afetação foi recepcionada no Brasil; e as duas principais classificações dos bens públicos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Estes elementos serão examinados a seguir.

1.1.3 A teoria da afetação e as duas principais classificações dos bens público no direito brasileiro: as influências francesa e italiana

Todos os autores acima concordam que a atribuição de uma finalidade pública específica a um determinado bem público é um elemento fundamental para definir o seu regime jurídico. Nos ordenamentos jurídicos que seguem a orientação e classificação francesas, como o espanhol e o português, a atribuição ou retirada da mencionada finalidade decorre dos atos de afetação e de desafetação. Estes atos ocupam papel central na definição do regime jurídico dos bens públicos, pois, eles possibilitam a migração de um bem do *domaine privé* ao *domaine public* e vice-versa.

(...) §2º – A vedação do inciso VI, 'a', é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. §3º – As vedações do inciso VI, 'a', e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel".

A Itália não adota, totalmente, a orientação francesa, como se nota pelo silêncio dos autores italianos quanto ao uso dos vocábulos “afetação” e “desafetação” como designativos de alterações na destinação dos bens. Não obstante, o sistema italiano não é imune às mudanças de destinação dos bens públicos, já que esta alteração insere um bem no *demanio pubblico* ou no conjunto dos *beni patrimoniali indiponibili* ou *disponibili*, conforme seja o caso.

O sistema jurídico brasileiro foi influenciado por ambos os modelos taxonômicos mencionados. O sistema francês inspirou a classificação que constava no Código Civil de 1916 e que foi reproduzida pelo Código Civil de 2002. Por sua vez, o Regulamento do Código de Contabilidade Pública, de 1922, foi fortemente influenciado pelo sistema italiano – embora se perceba, também, a influência do sistema francês.

Assim, deve-se examinar a forma como a teoria da afetação e ambos os modelos classificatórios foram recebidos pelo sistema brasileiro. Neste sentido, deve-se analisar quais foram os efeitos do atual fundamento jurídico da titularidade dos bens públicos urbanos sobre a compreensão acerca dos atos de afetação e de desafetação destes bens. Ademais, devem-se demonstrar os impactos deste fundamento sobre as taxonomias de influência francesa e italiana, para verificar se elas ainda se adequam ao sistema brasileiro e de que forma elas ainda podem ser empregadas para classificar os bens públicos.

Porém, como se mencionou, antes de se analisarem estes impactos, é necessário descrever e esquadrinhar a forma como estes elementos foram recepcionados e desenvolvidos pela doutrina e pelo direito positivo brasileiro. Realizar-se-ão estas tarefas a seguir.

1.1.3.1 A recepção da teoria da afetação pela doutrina brasileira

Como se mencionou, segundo a doutrina brasileira, o vocábulo “afetação” se refere ao ato de atribuir uma destinação mais ou menos específica a um determinado bem ou conjunto de bens. Não obstante este sentido, o mencionado vocábulo apresenta nuances específicas conforme seja empregado por um ou outro ramo do Direito.

Assim, quando empregado pelo Direito Agrário, o vocábulo afetação designará que os bens se destinam a serem empregados para a produção de gêneros primários. Quando empregado pelo Direito Urbanístico, ele designará que o bem se destinará ao atendimento de uma das necessidades urbanísticas, as quais discrepam da produção dos citados gêneros.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a adoção pelo Direito Privado da "Teoria da Afetação" decorreu da necessidade de justificar a separação de dados bens do patrimônio do seu titular, o que podia decorrer da lei ou de um ato do titular. Esta separação objetivava reservar os bens atingidos e vinculá-los ao atendimento de uma determinada finalidade, o que os imobilizava "em função" deste escopo, que podia ser "de garantia, de transferência ou de utilização". Portanto, a afetação de um bem retirava daquela parte do patrimônio a sua feição subjetiva – vinculação ao titular – para dar-lhe uma feição objetiva – vinculação à finalidade prescrita em lei ou no ato de vontade do proprietário[127].

No Direito Administrativo brasileiro, a teoria da afetação teve sua aplicação a partir dos estudos europeus acima citados. Ela se se relaciona ao embate entre aqueles que admitem a existência da propriedade pública – como definido por Hauriou – e aqueles que afastavam esta possibilidade, nos termos da doutrina alemã de Fleiner e Forsthoff.

Como se viu acima, a maior parte da doutrina brasileira contemporânea é adepta, em maior ou menor grau, da existência da propriedade pública. A afetação, ao atribuir uma destinação de utilidade pública específica para um determinado bem, atrai um regime jurídico especial que regulará as relações jurídicas que têm por objeto material esta *res*. Entre as especificidades deste regime jurídico estão as mesmas características que Hauriou e seus partidários atribuem ao *domaine public* – por exemplo, a inalienabilidade relativa, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

Todavia, como mencionado, o regime jurídico brasileiro, diversamente dos sistemas europeus, não restringiu estas características a uma classe de bens públicos, mas, espraiou-as a todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos da afetação e da desafetação apresentam efeitos mais débeis do que aqueles existentes nos citados sistemas jurídicos de referência.

A segunda corrente doutrinária brasileira se filia às lições dos teóricos tedescos – como Fleiner e Forsthoff – e apresenta feição minoritária. Neste grupo, podem-se citar as observações de Paulo Alberto Pasqualini[128] para quem os doutrinadores alemães identificaram as "coisas públicas" como aquelas pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e que se vinculavam à realização de um determinado fim de utilidade pública.

Assim, as "coisas públicas" estavam afetadas ao atendimento de uma finalidade pública específica. Esta afetação podia decorrer da "própria natureza" da coisa, como ocorria com as praias, e, nesta hipótese, o Ente Público somente podia "regular o uso comum do bem".

---

[127] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 1*, p. 251-252; PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 261.
[128] PASQUALINI, Paulo Alberto. *Op. cit.*, p. 184.

Os bens podiam ser afetados, também, por um "ato jurídico especial de Direito Público" exarado pela pessoa jurídica de direito público competente. Neste caso, a afetação não tinha uma forma pré-definida e podia decorrer "tanto de uma lei em sentido formal, quanto de um regulamento, do costume ou de um ato administrativo". O objeto deste ato era a colocação do bem em serviço, destinando-o a um "fim administrativo especial" e, portanto, ele tinha eficácia *erga omnes*, "à semelhança do direito real de propriedade", mas, qualificada pelo elemento teleológico ínsito à afetação.

Segundo Paulo Alberto Pasqualini, a subtração desta destinação somente podia se dar por meio de um ato decisório de igual natureza ou de hierarquia superior àquele que afetou o bem. Este ato de desafetação também tinha eficácia jurídica *erga omnes* e devia prescrever o término da mencionada vinculação – o que tornava o bem, um objeto do direito de propriedade privada da pessoa jurídica de direito público[129].

Assim, para Paulo Alberto Pasqualini[130] – ao atualizar a obra de Cirne Lima – no Direito Administrativo em geral e, principalmente, no brasileiro – a "Teoria da Afetação" era uma reação à tese da propriedade pública. Neste sentido, ele adotou a figura do véu de Yves Gaudemet, e afirmou que o "domínio público se sobreporia, como um véu, sobre o domínio de direito privado", consistindo tal véu "precisamente na afetação do bem à utilidade pública".

Apesar destas divergências, percebe-se que os doutrinadores de ambas as correntes são uníssonos em reconhecer a aplicabilidade da "Teoria da Afetação" aos bens públicos brasileiros. Em geral, a afetação é compreendida como o ato jurídico por meio do qual um Ente Público confere a um bem uma destinação pública, relacionada ao cumprimento das atividades atribuídas à sobredita pessoa jurídica de direito público. Eles também concordam que esta vinculação ao atendimento do interesse público é mutável em consonância à própria dinamicidade do referido interesse[131].

No entanto, há divergências quanto a outros aspectos relacionados à afetação. Por exemplo, para Diógenes Gasparini[132], a afetação é um ato formal – uma lei ou um ato administrativo do titular do bem. Assim, para ele, não existem bens naturalmente afetados, ou afetação decorrente de "fato jurídico" – como a "morte ou a inundação" – ou por "fato administrativo" – por exemplo, a "construção de uma cadeia". Afinal, o fato jurídico não define a finalidade pública a ser empregada ao bem, enquanto o fato administrativo é, necessariamente,

---

[129] *Ibid.*, p. 188.
[130] *Ibid.*, p. 193-194.
[131] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual…*, p. 1249.
[132] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 942.

precedido de uma regra jurídica que o cria – por exemplo, a ordem para que se construa um prédio que será utilizado para um dado fim.

Entretanto, para o citado autor, se a afetação exige um ato formal, o mesmo não ocorre com a desafetação – isto é a perda ou retirada da destinação pública específica atribuída ao bem. Segundo ele, a desafetação pode decorrer de um ato formal exarado pelo Ente Público[133], ou de um fato jurídico – por exemplo, a destruição do bem.

Todavia, os fatos jurídicos não alteram a destinação específica atribuída ao bem por meio de um ato de afetação, pois, sempre se exigirá uma manifestação do Ente Público competente. Assim, para o citado autor, o não-uso do bem pelos usuários ou comportamentos destes que sejam contrários à afetação do bem não geram a sua desafetação e não provocam a mudança na sua afetação.

Celso Antônio Bandeira de Mello[134] admite que a desafetação dos bens públicos se dê por meio de ato ou de fato jurídico. Todavia, para ele, existem bens naturalmente afetados e outros cuja afetação decorre de uma lei ou ato administrativo.

Para Odete Medauar, a afetação ou desafetação de um bem pode ser formal – como afirmou Gasparini – ou informal/implícita, isto é, quando os bens são utilizados para uma determinada finalidade "sem manifestação formal" do Ente Público. Porém, nesta hipótese, há uma conduta do Ente Público que indica a destinação do bem, como, por exemplo, o caso de "uma casa doada onde foi instalada uma biblioteca pública infantil"[135].

Em sentido oposto ao da maior parte da doutrina, José dos Santos Carvalho Filho, afirma que a afetação e a desafetação não são atos jurídicos, mas, fatos administrativos. Assim, para ele, estes fatos atribuem "ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração", ou retiram esta destinação específica, o que torna irrelevante o instrumento ou forma jurídica por meio da qual se realiza esta vinculação[136].

---

[133] "As operações de afetação e desafetação são da competência única e exclusiva da pessoa política proprietária do bem, a quem também se reconhece a competência exclusiva para dizer se e quando um bem que integra seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado. Essas competências são expressões da autonomia que a Constituição outorgou a cada uma das entidades componentes da Federação no trato dos bens de sua propriedade. Se assim não fosse, de que valeria a autonomia se o proprietário do bem não pudesse afetá-lo ou desafetá-lo segundo o interesse que lhe cabe perseguir? Destarte, não é válida qualquer interferência na utilização dos bens de uma entidade menor por medida legal ou constitucional de entidade maior, salvo se consignada na Constituição da República. É claro que não invade essa autonomia o exercício do poder de polícia competente sobre os bens públicos situados em seu território". (*Ibid*., p. 942-943.)

[134] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 915.

[135] MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 252. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 671, 675 e 677.

[136] "Por tudo isso é que entendemos ser irrelevante a *forma* pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. Relevante, isto sim, é a ocorrência em si da alteração da finalidade, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha, e que na desafetação se

Embora estes aspectos não sejam pacíficos, a doutrina converge quanto à importância da afetação na classificação dos bens públicos. Assim, para a compreensão da centralidade da afetação no regime brasileiro dos bens públicos é necessário analisar as duas principais taxonomias fornecidas pelo direito positivo.

1.1.3.2 As bases francesas do Código Civil

A principal classificação dos bens públicos presente no direito positivo brasileiro é aquela que constava no Código Civil de 1916 e que foi reproduzida pelo Código Civil de 2002, a qual se inspirou na taxonomia francesa. Dessa forma, é necessário analisar o sistema jurídico de origem para que se possa compreender a forma como ela foi adotada no Brasil.

Como se viu, autores como Proudhon, Berthélemy e Hauriou concordavam que os bens pertencentes aos entes públicos se dividiam em duas categorias – *domaine public* e *domaine privé* – mas, dissentiam quanto aos bens que integravam cada uma destas categorias. Para os dois primeiros, o *domaine public* era formado pelos bens destinados ao uso coletivo e às atividades militares, enquanto os bens afetados aos serviços públicos e aqueles que não possuíam uma destinação específica compunham o *domaine privé*. Ao contrário, para Hauriou, o *domaine public* abarcava os bens que possuíam uma afetação específica – ao uso coletivo e ao serviço público, o que incluía os bens militares – e o *domaine privé* abrangia somente os bens que não tinham uma afetação específica.

Esta controvérsia encontrava seu fundamento na exegese atribuída ao Código Civil francês que era o principal texto jurídico-normativo que regia os bens públicos. Esta matéria estava prescrita nos artigos 537 a 543, insertos no "*Chapitre III – Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possédent*" – do "*Titre I^er – De la distinction des biens*" – do "*Livre II – Des biens et des différentes modifications de la propriété*"[137].

Conforme o artigo 537, as pessoas jurídicas de direito privado dispõem livremente dos seus bens, nos termos fixados pelas leis, enquanto os demais bens devem ser administrados e somente podem ser alienados em consonância às regras que lhes são aplicáveis. Por sua vez,

---

dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1248-1250.)

[137] Em uma tradução livre: no "Capítulo III – Dos bens nas suas relações com aqueles que os possuem" – do "Título Primeiro – Da distinção dos bens" – do "Livro II – Dos bens e das diferentes modificações da propriedade".

o artigo 538 lista uma série de bens que eram insuscetíveis de apropriação particular e que, portanto, integravam o *domaine public*.

Segundo o artigo 538, o *domaine public* era composto pelos "*chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée*". Conforme o artigo 539, todos "*les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public*".

No mesmo sentido, o artigo 540 prescrevia que as "*portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses font aussi partie du domaine public*"[138]. Nos termos do artigo 541, mesmo se fosse cessada a afetação para fins militares, estes bens continuavam pertencendo ao Estado, desde que ele não os tivesse alienado de forma válida ou se os bens não tivessem sido adquiridos por usucapião.

Pela descrição acima, verifica-se que as teses de Proudhon e Berthélemy se fundaram numa exegese literal dos artigos 537 a 541 que conservava uma terminologia e uma compreensão vigentes no Antigo Regime. Como já se mencionou, este expediente exegético produziu os dois resultados já analisados. De um lado, excluiu-se a incidência do direito de propriedade sobre os bens do *domaine public*. Lado outro, restringiu-se a composição do *domaine public* aos bens de uso coletivo, aos bens destinados ao uso militar – que eram considerados uma exceção – e aos bens deixados sem proprietários – considerados um erro do legislador.

A partir desta concepção, a doutrina e a jurisprudência empreenderam inúmeros esforços para demonstrar que a noção de *domaine public* não se restringia aos parâmetros fixados por Proudhon e seus seguidores[139]. Neste sentido insere-se a tese de Hauriou. Ele agregou aos critérios exegéticos acima a interpretação sistêmica que considerava outros textos jurídico-normativos, bem como a centralidade e a ampliação que a noção de serviço público adquiriu no Direito Administrativo francês.

---

[138] Em uma tradução livre: "Art. 538 – Os caminhos, estradas e ruas a cargo do Estado, os rios navegáveis e flutuáveis, as margens dos rios, os terrenos cobertos e recuperados do mar, os portos, estuários, baías e geralmente todas as porções do território francês que não são suscetíveis de uma propriedade privada são considerados como dependências do domínio público. Art. 539 – Todos os bens vacantes e sem dono e aqueles que pertenciam às pessoas que faleceram sem herdeiros ou cujas sucessões foram abandonadas pertencem ao domínio público. Art. 540 – As portas, muralhas, fossos e ameias de praças de guerra e das fortalezas fazem parte, também, do domínio público".

[139] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 30, 54 e 57.

Assim, conforme já se mencionou anteriormente, Hauriou compreendeu que a relação jurídica de pertença dos bens que integram o *domaine public* e o *domaine privé* possui natureza jurídica proprietária. Isto é, propriedade pública no primeiro caso e propriedade privada em se tratando de *domaine privé* – apesar de, em relação a este último caso, não se afastarem totalmente os princípios e regras do Direito Público. Ademais, o sobredito autor descobriu que o elemento central para classificar os bens públicos é a sua afetação, o que foi, posteriormente, adotado pela doutrina, pela jurisprudência e, finalmente, pela legislação[140], como pode ser comprova, por exemplo, por meio do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*[141].

1.1.3.2.1 A classificação segundo o *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*

Conforme o artigo L 1, do citado Código, suas regras se aplicam aos bens e direitos mobiliários ou imobiliários dos Entes Públicos territoriais e dos estabelecimentos públicos. Ademais, segundo o artigo L 2, o Código se aplica, também, aos bens e direitos mobiliários e

[140] Apesar da natureza jurídica proprietária, o poder de regulamentar o uso dos bens públicos é uma decorrência ligada às noções de dever poder de polícia e de afetação. Neste caso, os Tribunais Administrativos entendem que estas noções se vinculam à ideia de manutenção da ordem pública – e, assim, de realização do interesse público – de forma mais explícita do que as prerrogativas proprietárias. (*Ibid*., p. 4 e 61.)

[141] Portanto, verifica-se que os critérios adotados pelo Código Civil forneciam bases frágeis para a identificação do *domaine public* e do *domaine privé* e do regime jurídico aplicáveis a eles. Assim, a doutrina esperava a criação de um Código que, nos moldes do Código Civil, suprisse as várias lacunas e dúvidas acerca do tema dos bens públicos.
Em resposta a esta exigência, criou-se, em 1957, o *Code du domaine de l'État* – Código do domínio ou propriedade do Estado. Porém, este Código era silente sobre diversos aspectos relacionados ao regime jurídico dos bens públicos e, além disso, ele somente se aplicava aos bens do Estado e das pessoas jurídicas de direito público criadas por ele.
Em decorrência, coube à jurisprudência definir diversos elementos relacionados aos bens públicos que não foram abordados pelo citado Código. Porém, estas definições estavam presas às concepções originais acerca dos bens públicos, as quais foram definidas no final do século XIX e início do século XX. Ademais, ampliou-se a criação de textos jurídico-normativos esparsos que regulavam alguns aspectos ou algumas espécies de bens públicos. Além disso, proliferaram-se acordos entre os Entes Públicos e os atores da iniciativa privada que procuravam construir meios capazes de permitir uma adequada exploração destes bens.
Diante deste cenário, na primeira década do século XXI criou-se o *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*. O seu objetivo imediato era adequar a gestão dos bens públicos às necessidades contemporâneas, notadamente, permitir a exploração destes bens e, assim, contribuir para a ampliação de receitas públicas que custeavam as atividades dos seus proprietários. Como objetivos indiretos, o Código possibilitava, também, a evolução da jurisprudência e o preenchimento das lacunas deixadas pelas regras do Código de 1957.
Não obstante, o novo Código não abarca todas as regras aplicáveis aos bens públicos, pois, aspectos específicos ligados a determinados bens públicos são regidos por leis e Códigos próprios. Assim, a aplicação destes textos jurídico-normativos especiais denota que os bens públicos se caracterizam por uma multiplicidade de regimes jurídicos proprietários e esta multiplicidade indica a centralidade da jurisprudência na definição do regime jurídico do *domaine public* e do *domaine privé*, o que está de acordo com as bases originais desta matéria (*Ibid*., p. 2- 4. Para mais informações: GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 40-44.)

imobiliários pertencentes às demais pessoas jurídicas de direito público, consoante as regras definidas pelos textos jurídico-normativos que os regem[142].

Em consonância à tradição francesa e à sobredita importância atribuída à destinação dos bens, o *Code* insere os bens públicos no *domaine public* ou no *domaine privé* e admite que eles passem de um ao outro conforme a sua afetação ou desafetação. Assim, a possibilidade de migração dos bens de um conjunto ao outro mediante uma decisão de afetação ou desafetação contraria a concepção clássica que defendia a existência de bens naturalmente afetados[143].

Outrossim, a inserção dos bens públicos em cada uma destas categorias objetiva facilitar a sua gestão para permitir a sua exploração e o seu aproveitamento de forma adequada à realização do interesse público[144]. Além disso, a inserção destes bens em cada uma destas categorias não afasta a incidência de regras comuns a ambos os *domaines*, como ilustra a *insaisissabilité* – impenhorabilidade e não-oneração. Ao contrário do que ocorre no Brasil, a *insaisissabilité* se fundamenta na lei e não na Constituição, assim, a lei pode relativizar este atributo, desde que não se prejudiquem outros direitos constitucionalmente protegidos, como é o caso da continuidade do serviço público[145].

Ainda que sujeito a críticas e alterações, o princípio da *insaisissabilité* prescreve que os bens públicos em geral não podem ser objeto de execução forçada para pagamentos de dívidas públicas, ainda que em benefício de outros Entes Públicos. Eles também não podem ser hipotecados, visto que o não pagamento da dívida pelo Ente Público exigiria a execução forçada e a transmissão do bem para o credor[146].

Não obstante estes pontos de contato, os bens do *domaine public* e do *domaine privé* apresentam várias especificidades que os distinguem e que possuem efeitos práticos

---

[142] Neste sentido, verifica-se a aproximação entre o direito brasileiro e os ordenamentos jurídicos europeus acima analisados, em especial, ao ordenamento jurídico francês. Não obstante esta proximidade, deve-se notar que existem elementos que distinguem o sistema jurídico brasileiro dos demais, por exemplo, a extensão do que se compreende atualmente como serviço público.

[143] Neste caso, o que se consideram bens naturalmente afetados são aqueles bens que compõem o *domaine public naturel* – domínio público natural – cuja afetação decorre imediatamente da lei, sem que seja necessário um ato administrativo de afetação. (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 8-9, 29 e 32-33.)

[144] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 24-36; FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 33; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 18 e 43-44 e 364.

[145] O artigo L 2311-1, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publique*s prescreve: "*Article L 2311-1 – Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables*". Em uma tradução livre: "Artigo L 2311-1 – Os bens das pessoas jurídicas de direito público mencionadas no artigo L. 1 são impenhoráveis".

[146] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 21-22; FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 16-19. GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Droit administratif des biens*: domaine, travaux, expropriation. 10. ed. Paris: Sirey, 2012. p. 9 e 24-26.

importantes[147]. Assim, para compreendê-las, é necessário descrever a forma como estes bens são regulados pelo *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*.

Os bens do *domaine public* são definidos pelos artigos L 2111-1 e L 2111-2. Eles prescrevem que, exceto os casos regidos por leis especiais, o *domaine public* é composto pelos bens mencionados no artigo L 1 que estejam afetados ao uso coletivo ou à realização de um serviço público. Esta decisão de afetar o bem não exige formalidades razão pela qual ela pode decorrer de uma decisão implícita de afetação ou de uma decisão explícita – por exemplo, por meio de atos unilaterais ou contratos[148].

Os citados artigos prescrevem, ainda, que, no caso de afetação para a realização de um serviço público, o bem deve ter sido objeto "*d'un aménagement indispensable à l'execution des missions de ce service public*" – isto é, "de um desenvolvimento indispensável à execução das missões deste serviço público". Neste mesmo sentido, os acessórios indissociáveis que contribuem para a utilização dos bens acima mencionados também integram o *domaine public*.

Ao escandir as definições legais acima, tem-se que o *Code* adotou um duplo critério para definir a composição do *domaine public*. O primeiro critério segue a linha tradicional que define que o *domaine public* é composto por bens afetados ao uso coletivo mediante uma decisão do Ente Público que permita o seu uso direto pela coletividade, sem que seja necessário qualquer outro ato ou decisão pública.

Por meio do segundo critério considera-se que os bens afetados a um serviço público também integram o *domaine public*. Neste sentido, este segundo critério está em consonância às orientações de Hauriou, às decisões jurisprudenciais que surgiram a partir delas e à centralidade da noção de serviço público para o Direito Administrativo.

Se, por um lado, a adoção deste segundo critério gera a ampliação do *domaine public*, já que se adota uma noção ampla de serviço público[149]. Por outro lado, o próprio Código

---

[147] Entre estes efeitos práticos podem-se citar, por exemplo, a diversidade de regimes jurídicos que, embora apresentem pontos em comum, definem regras diversas de gestão, alienação etc. Além disso, a divisão apresenta efeitos no tocante à resolução dos conflitos atinentes a estes bens, pois, em regra, os bens do *domaine public* se submetem aos Tribunais Administrativos, enquanto os bens do *domaine privé* inserem-se entre as competências do Poder Judiciário. (GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 55-56.)

[148] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 195 e 197.

[149] "*L'expression service public dans le critère ici examiné doit être prise au sens très large: celui d'une activité d'intérêt général exercée sous l'autorité d'une personne publique*". Em uma tradução livre: "A expressão serviço público, dentro do critério aqui examinado, deve ser tomada no sentido amplo: naquele sentido de uma atividade de interesse geral/público exercida sob a autoridade de uma pessoa jurídica de direito público". (AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 43.)

restringiu esta possibilidade ao vincular a inserção no *domaine public* à realização efetiva de obras e atividades humanas sem as quais é impossível prestar o citado serviço público[150].

Além disso, o Código também adotou o princípio geral de direito segundo o qual, os bens acessórios têm o mesmo destino dos bens principais. Todavia, neste caso, exige-se que os bens acessórios atendam a dois critérios. O primeiro é que os bens acessórios devem ser inseparáveis de um bem inserto no *domaine public* – o que exige uma ligação física entre o bem principal e o acessório. O segundo critério é que os acessórios devem apresentar "*un lien d'utilité important, voire 'directe', d'après la jurisprudence récen*t", ao bem que integra o *domaine public* – isto é, "um vínculo de utilidade importante, de fato 'direto', conforme a jurisprudência recente", ao bem que integra o domínio público.

A importância destes critérios pode ser percebida em relação às construções edificadas sobre terrenos públicos, ainda que alguns autores discordem em inserir este exemplo no âmbito da regra aplicável aos bens acessórios, conforme prescrito pelo *Code*[151]. Neste caso, as construções se caracterizam como acessórias aos terrenos, ligadas fisicamente a eles – pois, edificadas neles – e dotadas de utilidade direta, já que elas são indispensáveis ao aproveitamento do terreno. Por exemplo, a construção de um prédio que abrigará um serviço público é imprescindível à própria prestação deste serviço[152].

Além disso, os bens do *domaine public* podem ser subdivididos em dois grupos, conforme a sua afetação decorra da lei ou de um ato administrativo. O primeiro grupo é formado pelos bens afetados pela lei, os quais formam o *domaine public légal* – domínio público legal – e sobre eles há "*une présomption légale d'affecatation à l'intérêt général*" – isto é, "uma presunção legal de afetação ao interesse geral ou interesse público".

Em linhas gerais, o *domaine public légal* é formado por bens destinados ao uso da coletividade. Inserem-se neste grupo, por exemplo, os bens do *domaine public maritime* e *domaine public fluvial* – domínio público marítimo e domínio público fluvial – que formam o *domaine public naturel*. Há, também, o *domaine public légal artificiel* – domínio público legal artificial – que é composto pelos bens do *domaine public routier*, do *domaine public ferroviaire*, do *domaine public aéronautique* e do *domaine public hertzien* – bens do domínio público

---

[150] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 40-45. GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 75-78; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 137-138.

[151] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 47-48; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 141-142.

[152] Assim, os critérios adotados pelo *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* agregam elementos que reforçam a presunção legal contida no artigo 552, do Código Civil, segundo a qual, presume-se pertencer ao proprietário do terreno as construções que existam sobre ele.

rodoviário, domínio público ferroviário, domínio público aeroviário, domínio público das ondas eletromagnéticas e de som e imagem.

O segundo grupo é formado pelos bens afetados por meio de decisão administrativa expressa ou implícita. Eles compõem o *domaine public administratif* – domínio público administrativo – os quais somente se sujeitam ao regime do *domaine public* se for demonstrada a sua afetação e desde que esta não contrarie a lei. Neste último caso, pode-se estar diante de uma opção do legislador de excluir do *domaine public* uma determinada espécie de bem ou de afetação específica. Dessa forma, objetivam-se afastar algumas regras ínsitas ao *domaine public*, como, por exemplo, a inalienabilidade e, assim, permitir a sua melhor exploração ou aproveitamento[153].

Como já se mencionou os bens do *domaine public* em geral se sujeitam a diversas regras que objetivam protege-los e permitir que eles sejam empregados em consonância à sua afetação. Entre estes mecanismos de proteção estão a inalienabilidade e a imprescritibilidade, as quais também encontram seu fundamento jurídico na lei[154] e não na Constituição, diversamente do que ocorre no Direito brasileiro. Consequentemente, a inalienabilidade e a imprescritibilidade podem ser relativizadas por meio de outras leis[155], desde que isto não prejudique outros direitos constitucionalmente tutelados, nos termos citados quando se tratou da *insaisissabilité*.

Conforme também já se afirmou, a inalienabilidade do *domaine public* impede que os bens que o integram sejam alienados de forma voluntária ou forçada para impedir prejuízos aos serviços públicos e ao uso coletivo[156]. Igualmente, a imprescritibilidade impede que os bens do *domaine public* sejam adquiridos por meio de usucapião e que os seus ocupantes proponham ações possessórias contra os proprietários públicos para se manterem na posse destes bens[157].

---

[153] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 32 e 43.

[154] Neste sentido, o artigo L 3111-1, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* prescreve: "*Article L 3111-1 – Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles*". Em uma tradução livre: "Artigo L 3111-1 – Os bens das pessoas jurídicas de direito público mencionadas no artigo L. 1 que fazem parte do domínio público são inalienáveis e imprescritíveis".

[155] GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 209.

[156] Conforme alguns autores, a inalienabilidade tem por função primordial proteger a afetação atribuída ao bem e, assim, por decorrência ela protege o bem. (GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Op. cit.*, p. 202; GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 205-207; AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 157; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 141-196.**)**

[157] Uma das decorrências da imprescritibilidade é a não prescrição das ações que objetivam reparar os danos sofridos pelos bens do *domaine public*, porquanto estes danos equivalem a uma forma de apropriação indevida dos mesmos. (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 176-177 e 187; GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 212; AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 162; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 209.)

Por sua vez, conforme os artigos L 2211-1 e L 2212-1, a definição do *domaine privé* é obtida por exclusão[158]. Este é composto pelos bens citados no artigo L 1 que não integram o *domaine public*, nos termos definidos pelo *Code*. Ele expressamente inseriu no *domaine privé* as reservas fundiárias e os imóveis destinados ao funcionamento de escritórios públicos, desde que eles não formem um todo indivisível com imóveis pertencentes ao *domaine public*[159]. Neste mesmo sentido, em virtude da lei, inserem-se no *domaine privé* "*les chemins ruraux*" e "*les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier*" – isto é "as estradas rurais e os bosques e florestas pertencentes aos Entes Públicos e sujeitos ao regime florestal".

Ao contrário do que se poderia imaginar, os bens do *domaine privé* não são aqueles desprovidos de qualquer destinação pública. Como afirma o professor Norbert Foulquier[160], todos os bens públicos – insertos no *domaine public* ou no *domaine privé* – sujeitam-se a algumas regras comuns[161] e todos eles devem atender, em alguma medida, ao interesse público. Assim, o *domaine privé* é composto por bens que "*ne sont pas suffisamment affectés à l'intérêt général ou qui souffrent d'un defaut d'aménagement, ou encore des biens qui ne satisfont pas aux conditions de définition du domaine public légal*". Isto é, bens que "não são suficientemente afetados ao interesse geral/público ou que não foram objeto de obras ou trabalhos humanos indispensáveis ao funcionamento de um serviço público ou que não satisfaçam as condições de definição do domínio público legal".

Por meio desta definição, percebe-se que os bens do *domaine privé* não são uma disfunção a ser eliminada, mas, como afirma o mencionado autor[162], verifica-se exatamente o contrário. Uma das diversas funções atribuídas ao *domaine privé* é possibilitar que bens excluídos do comércio jurídico de direito privado, como os bens sem proprietários, voltem ao mercado e, portanto, possam circular. Ademais, estes bens podem ser explorados em outras funções ligadas, por exemplo, ao fomento das atividades privadas. Em todos estes casos, portanto, verifica-se que estas destinações se encontram em consonância aos pressupostos liberais que fundamentam o capitalismo.

---

[158] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 103; GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 103.

[159] Se os escritórios públicos se localizarem em um bem do *domaine public*, ele se caracterizará pela indivisibilidade em relação a este último e, portanto, será um acessório dele.

[160] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 60 e 103. No mesmo sentido: GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Op. cit.*, p. 7; AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 23.

[161] Embora os bens do *domaine privé* sejam alienáveis, deve-se recordar que eles – assim como todos os bens públicos – são *insaisissables*. Dessa forma, a *insaisissabilité* prescrita pelo artigo L 2311-1 do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*, ao se aplicar a ambos os *domaines*, denota um dos pontos de contato entre ambas as categorias.

[162] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 41, 64, 77, 108, 110, 115 e 221.

Em razão da vinculação destes bens, tem-se observado uma tendência de ampliação do *domaine privé* em detrimento do *domaine public*. Como afirma o citado autor, a suposta excelência do direito privado tem levado a legislação a, paulatinamente, realizar o *déclassement* de bens insertos no "*domaine public pour les soumettre au régime de la domainalité privé*" – isto é, desincorporar bens do "domínio público para os submeter ao regime jurídico do domínio privado". Assim, se esta tendência legislativa amplia o *domaine privé*, ela também deixa claro que estes bens possuem uma afetação pública, ainda que ela seja insuficiente para motivar o *classement* destes bens no *domaine public*.

Entre estas afetações, a mais evidente é a obtenção de recursos financeiros que contribuirão no custeio das diversas atividades públicas. Todavia, como se viu, existem outras finalidades públicas que motivam a afetação dos bens públicos e que não se relacionam diretamente à geração de receitas públicas. Este é o caso dos *chemins ruraux* que, apesar de insertos no *domaine privé* estão afetados à circulação pública[163].

Por outro lado, não se pode esquecer que, por pertencerem às pessoas jurídicas de direito público, os bens do *domaine privé* atraem a incidência de regras de Direito Público. Algumas delas têm uma incidência mais ou menos excepcional, enquanto outras se caracterizam como regras comuns aplicáveis a ambos os *domaines*.

Dessa forma, embora regido em grande medida pelo Direito Privado, o direito de propriedade sobre os bens do *domaine privé* não é idêntico ao direito de propriedade privada[164]. Afinal, embora o Ente Público deva se comportar como um proprietário privado, ele não pode perseguir interesses individuais, mas, deve, obrigatoriamente, em todos os seus atos buscar a realização do interesse público[165]. Portanto, o *domaine privé* ilustra a possibilidade de se empregar o Direito Privado para realizar o interesse público, nos casos em que este ramo do direito se mostre mais adequado para alcançar esta finalidade.

---

[163] GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 109-110 e 207; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 365-368.
Jean-Marie Auby, Pierre Bon, Jean-Bernard Auby e Philippe Terneyre afirmam que, tradicionalmente, a gestão do *domaine privé* não se insere no conceito amplo de serviço público aplicável à disciplina do *droit administratif des biens*. Assim, dentro desta concepção tradicional, a gestão do *domaine privé* se caracterizava como uma "*activité privée de l'administration*" – isto é, uma "atividade privada da Administração", cujo objetivo se centra em aspectos financeiros de aumento do patrimônio público. Neste sentido, os casos de *déclassement* antecipado fornecem importantes ilustrações desta função de geração de receitas ou de redução de custos para a realização de atividades públicas.
Todavia, atualmente, ao lado da função financeira, outras destinações importantes são atribuídas a estes bens. Além disso, não se pode esquecer que a possibilidade de que eles sejam afetados a um serviço público ou ao uso coletivo ilustram a sua vinculação à realização do interesse público e à incidência de regras de Direito Público. Neste sentido, para os autores, atualmente, a gestão do *domaine privé* pode ser considerada uma espécie de serviço público, inserta no conceito amplo que esta função administrativa recebe na França. (AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 26, 41 e 173-175.)

[164] *Ibid*., p. 21.

[165] GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Op. cit.*, p. 7-8.

Além disso, a definição legal do *domaine privé* permite perceber que ele também se subdivide em *domaine privé légal* – domínio privado legal – e *domaine privé* composto por bens que não preenchem os requisitos para inserção no *domaine public*. No primeiro grupo inserem-se, por exemplo, os escritórios públicos que, apesar de utilizados para a prestação de um serviço público não formam um todo indivisível com imóveis pertencentes ao *domaine public*. No segundo grupo inserem-se, por exemplo, os bens que por se encontrarem temporariamente desafetados foram retirados do *domaine public*.

Nos termos acima demonstrados, todas estas descrições permitem ver a centralidade da afetação e da desafetação no sistema classificatório francês, notadamente a sua importância na passagem de um bem do *domaine public* ao *domaine privé* e vice-versa. Todavia, esta centralidade não afasta a exigência de que sejam observadas formalidades legais para que a citada migração de fato se realize.

Neste sentido, no sistema francês existem os atos de *classement* e de *décalssement* dos bens públicos, nos termos prescritos pelos artigos L 2111-3 e L 2141-1, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*[166]. Por meio do primeiro, o proprietário público ou o gestor do bem delimita o *domaine public*, isto é, ele declara que o bem se insere nesta categoria. Por sua vez, o ato de *déclassement* declara a retirada do bem do *domaine public* e a sua introdução no *domaine privé*[167].

Os atos de *classement* e *déclassement* são recognitivos e não têm uma forma definida em lei. Eles declaram, explicitamente, a conformidade da decisão de afetação ou de desafetação com os critérios jurídicos necessários para que se realize a incorporação do bem no *domaine public* ou no *domaine privé*.

---

[166] Os artigos L 2111-3 e L 2141-1, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* prescrevem: "*Article L 2111-3 – S'il n'en est disposé autrement par la loi, tout acte de classement ou d'incorporation d'un bien dans le domaine public n'a d'autre effet que de constater l'appartenance de ce bien au domaine public. L'incorporation dans le domaine public artificiel s'opère selon les procédures fixées par les autorités compétentes. Article 2141-1 – Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L.1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement*". Em uma tradução livre: "Artigo L 2111-3 – Se a lei não dispuser de outra forma, todo ato de classificação ou de incorporação de um bem no domínio público somente tem o efeito de constatar a inserção deste bem no domínio público. A incorporação no domínio público artificial se opera segundo os procedimentos fixados pelas autoridades competentes. Artigo L 2141-1 – Um bem de uma das pessoas jurídicas de direito público mencionadas no artigo L1, que não esteja mais afetado a um serviço público ou ao uso direto da coletividade não faz parte do domínio público desde a intervenção do ato administrativo que constate a sua desclassificação ou desincorporação".

[167] Para Yves Gaudemet, o ato de *déclassement* é uma medida para proteger o proprietário público, principalmente nos casos em que a afetação do bem é realizada por terceiro. Neste caso, se a simples desafetação retirasse o bem do *domaine public*, o proprietário poderia não tomar conhecimento desta migração. Assim, ao não afetar o bem ao uso coletivo ou à prestação de um serviço público, o proprietário possibilitaria que o bem fosse adquirido por meio de usucapião. (GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 161.)

Não obstante, estes atos recebem críticas da doutrina. Esta compreende que eles reduzem a eficácia dos atos de afetação e desafetação e, muitas vezes, constituem-se como formalidades que excedem as necessidades de proteção dos bens públicos e dificultam a sua gestão, principalmente quando se está diante do *domaine public*[168].

Em resposta a estas críticas, tem-se flexibilizado estas exigências. Este é o caso, por exemplo, da possibilidade de que um mesmo ato realize a *affectation* e o *classement* do bem ou a sua *désaffectation* e o seu *déclassement*[169]. Outras ilustrações podem ser encontradas no artigo L 2141-3, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*[170], que trata da permuta e no artigo L 2141-2, deste mesmo Código, que permite o *déclassement* antecipado em alguns casos[171].

Assim, com base na descrição do sistema classificatório francês, pode-se descrever os seus impactos em outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro. Porém, antes de abordá-lo, é necessário analisar, ainda que de forma sintética, os reflexos do modelo francês nos ordenamentos jurídicos ibéricos – Espanha e Portugal – pois, como se verá oportunamente, eles apresentam algumas inovações que também se encontram no Brasil.

---

[168] Neste sentido, embora o ato de *classement* se relacione à *affectation* e o *déclassement* à *désaffectation*, eles têm funções distintas. A *affectation* e a *désaffectation* se referem ao início e/ou término da utilização do bem para uma das finalidades dos artigos L 2111-1 e L 2111-2. Por sua vez, o *classement* e o *déclassement* se referem à entrada e/ou à saída do bem do domínio público. (*Ibid*., p. 76 e 95; AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 39-40.)

[169] Neste sentido, Yves Gaudemet recorda que o artigo L 2141-1, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*, não exige um ato de *déclassement*, mas, um ato que constate o *déclassement*. (GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 162.)

[170] O artigo L 2141-3, do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* prescreve: "*Article L 2141-3 – Par dérogation à l'article L 2141-1, le déclassement d'un bien affecté à un service public peut, afin d'améliorer les conditions d'exercice de ce service public, être prononcé en vue de permettre un échange avec un bien d'une personne privée ou relevant du domaine privé d'une personne publique. Cet échange s'opère dans les conditions fixées à l'article L 3112-3*". Em uma tradução livre: "Artigo L 2141-3 – Por derrogação ao artigo L 2141-1, a desclassificação/desincorporação de um bem afetado a um serviço público pode, para melhorar as condições do exercício deste serviço público, ser pronunciada para permitir a permuta com um bem de uma pessoa jurídica de direito privada ou pertencente ao domínio privado de um Ente Público. Esta permuta se opera conforme as condições fixadas pelo artigo L 3112-3".

[171] Por meio do *déclassement* antecipado, o proprietário de um bem afetado, por exemplo, à realização de um serviço público pode expedir o ato de *déclassement*, caso a decisão de desafetação do bem já tenha sido tomada. Assim, o bem passará ao *domaine privé* e poderá ser alienado, apesar de permanecer afetado ao serviço público. Neste caso, o proprietário poderá alienar o bem e deverá entrega-lo ao adquirente em até três anos – salvo nos casos em que seja necessária a realização de reformas, restaurações etc, quando o prazo poderá ser prolongado. Durante o prazo acima indicado, o bem alienado já pertencerá ao adquirente que poderá aluga-lo ao antigo proprietário para que este permaneça empregando o imóvel para a finalidade de prestação do serviço público. Porém, se no prazo estipulado o imóvel não for entregue ao adquirente, o negócio se resolverá e o imóvel retornará ao Ente Público que deverá devolver o valor pago pelo adquirente.
Dessa forma, está-se diante de um bem pertencente a terceiro afetado à uma finalidade pública – a prestação do serviço público – o que garante a continuidade do serviço público. Ao mesmo tempo, este instrumento permite que o Ente Público obtenha os recursos necessários para custear as atividades à instalação do serviço público em um local mais adequado devido às suas características físicas ou às mudanças na demanda pelo citado serviço público. (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 221, 196-198, 200, 208, 215-216 e 219.)

1.1.3.2.2 Impactos da classificação francesa no Direito Ibérico

Em linhas gerais, a descrição do sistema dos bens públicos espanhol está contida no artigo 132, da Constituição da Espanha[172]. Porém, para Ramón Parada, este regime tem sua origem na aprovação do Código Civil, no qual se constata a influência francesa no tocante à centralidade da afetação e nos seus impactos sobre a divisão dos bens públicos em duas categorias e na adoção da teoria do domínio público[173]. Segundo ele, o Código incorporou "*las soluciones ya consagradas por la doctrina y la jurisprudencia francesas a lo largo del siglo XIX y el criterio de la afectación como definidor de los bienes que, pertenencientes al Etado, se calificam como bienes de dominio publico*"[174].

Conforme os artigos 338 e 339, do Código Civil, os bens do Estado se dividem entre bens do domínio público e bens da propriedade privada. Em consonância ao sistema francês, os bens do domínio público podem ser divididos em dois grupos, conforme a sua afetação. No primeiro grupo se inserem os bens destinados ao uso coletivo, como as estradas, canais, rios, portos, pontes construídas pelo Estado, praias etc. O segundo grupo abarca os bens que pertencem exclusivamente ao Estado e se destinam à prestação de um serviço público[175], ao fomento da riqueza nacional, à defesa territorial. Inserem-se, também, neste segundo grupo, as minas enquanto a sua exploração não for concedida a terceiros[176].

---

[172] O artigo 132, da Constituição da Espanha, prescreve: "*Artículo 132 – 1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación*". Em uma tradução livre: "Artigo 132 – 1. A lei regulará o regime jurídico dos bens do domínio público e dos bens comunais, inspirando-se nos princípios da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, assim como na sua desafetação. 2. São bens do domínio público estatal os que determine a lei e, em todo o caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona econômica e da plataforma continental. 3. Por lei se regularão o Patrimônio do Estado e o Patrimônio Nacional, sua administração, defesa e conservação".

[173] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 40.

[174] Em uma tradução livre: o Código incorporou "as soluções já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência francesas durante o século XIX e o critério da afetação como definidor dos bens que, pertencentes ao Estado, qualificam-se como bens do domínio público".

[175] Neste caso, diversamente do modelo francês, basta que o bem esteja afetado a um serviço público, sendo desnecessária a realização de qualquer atividade humana que torne o edifício apto a receber e possibilitar a prestação deste serviço. (*Ibid*., p. 46.) Entretanto, como recorda Carlos García Oviedo, normalmente, os bens ingressam no domínio público mediante a transformação da coisa para receber a atividade – serviço público ou uso coletivo – para a qual o bem foi afetado. (OVIEDO, Carlos Garcia. *Op. cit*., p. 355.)

[176] Neste sentido, Ramón Martín Mateo afirma que devido à enumeração do Código Civil e à descrição das atividades para as quais estes bens se destinam pode-se reconhecer que os bens do domínio público espanhol são, essencialmente, bens imobiliários. (MATEO, Ramón Martín. *Op. cit.*, p. 429.)

Neste sentido, em consonância ao modelo francês, na Espanha, para que um bem seja considerado do domínio público ele deverá reunir algumas características. Primeiramente, deverá pertencer a uma pessoa jurídica de direito público. Além disso, ele deve estar afetado a pelo menos uma das finalidades de utilidade pública acima indicadas[177]. Enfim, ele deve se submeter a um regime jurídico mais exorbitante do que aquele aplicável aos *bienes patrimoniales* – bens patrimoniais – que corresponderiam aos bens do *domaine privé* francês

Entre as regras deste regime jurídico podem-se citar os deveres de os proprietários ou de os gestores dos bens do domínio público realizarem as obras de conservação necessárias para que eles possam ser empregados em consonância à sua afetação. Outra ilustração pode ser encontrada nas leis que criam ilícitos administrativos relacionados ao uso inadequado ou usurpação de bens do domínio público[178].

Para alguns autores, estas mesmas leis conferem aos proprietários públicos poderes de polícia. Estes se fundamentariam na autotutela administrativa e permitiriam que o proprietário impedisse a ocupação dos bens do domínio público por terceiros, empregando, até mesmo a força para realizar a desocupação.

Contudo, para outros autores, a questão envolve situações distintas. Segundo estes últimos, o proprietário público é competente para exercer o poder de polícia, aplicar sanções administrativas para punir atos contrários às regras que prescrevem o uso adequado dos bens públicos. Neste caso, ele pode se valer, até mesmo, de meios materiais para impedir danos iminentes à ordem pública ou aos bens públicos. Todavia, este poder não autoriza que o proprietário público promova por si só ações materiais que objetivem a desocupação de bens do domínio público, pois isto seria contrário ao ordenamento jurídico espanhol. Afinal, conforme o artigo 348, do Código Civil, os proprietários em geral – o que abarca o proprietário público – tem o direito de, nestes casos, propor uma ação reivindicatória, o que significa que a desocupação exige a imprescindível atuação jurisdicional[179].

---

[177] Diversamente do caso francês, em que existem os atos de *classement* e *déclassement*, na Espanha, o ingresso dos bens no domínio público ocorre a partir da verificação de que o bem preenche as características previstas em lei ou no ato administrativo de afetação. Dessa forma, embora seja necessário um ato jurídico-normativo de afetação, este não apresentará, geralmente, formalidades específicas. Porém, nada impede que o proprietário público ou o gestor expeça um ato que declare que um bem específico preenche os citados requisitos jurídicos. Por sua vez, a retirada deste bem do domínio público e a sua inserção entre os *bienes patrimoniales* dependerá de duas condições alternativas. Pela primeira, verifica-se que o bem não preenche mais as características necessárias à sua afetação. A segunda condição decorre de um ato jurídico-normativo de desafetação do bem. Assim, em ambos os casos, o proprietário público poderá expedir, também, um ato que declare que o bem foi retirado do domínio público. (PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 66-68. No mesmo sentido: OVIEDO, Carlos Garcia. *Op. cit*., p. 364-367.)

[178] Note-se que todos os bens públicos estão protegidos pelas leis civis e penais que tutelam a propriedade privada.

[179] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 94-95.

Como se viu, o artigo 132, da Constituição espanhola, prescreve outros meios de proteção, como a *inalienabilidad, imprescritibilidad* e *inembargabilidad* – inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade e não-oneração. Além desta base constitucional, na Espanha, estas cláusulas decorrem de o fato destes bens estarem excluídos do comércio jurídico de direito privado[180], o que não afasta a possibilidade de eles serem objetos de negócios jurídicos por meio de instrumentos de direito público. Todavia, assim como ocorre na França, atualmente, estes mecanismos de tutela também têm sofrido flexibilizações que objetivam adequar a gestão dos bens públicos às necessidades contemporâneas[181].

Os artigos 340 e 345, do Código Civil, prescrevem que os bens públicos que não estão afetados a nenhuma das atividades acima mencionadas são denominados de "*bienes patrimoniales*". Estes bens têm caráter de propriedade privada, assim como os bens particulares pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado e a um ou mais indivíduos[182].

Nos termos do artigo 341, o conjunto dos *bienes patrimoniales* é acrescido pelos bens do domínio público que sejam desafetados. Assim, verifica-se que a conceituação dos *bienes patrimoniales* é obtida, também, por meio de um critério excludente, isto é, se o bem público não pertencer ao domínio público, ele será patrimonial.

Não obstante a descrição legal dos *bienes patrimoniales* possa ser interpretada de forma a excluir a incidência de regras de Direito Público, tem-se que algumas destas são aplicáveis, notadamente em razão da natureza jurídica de seus titulares. Estas regras criam um regime jurídico que exorbita aquele definido pelo Código Civil e objetiva proteger os bens públicos em geral.

Entre as citadas regras especiais podem-se citar, aquelas que definem a competência de órgãos e de agentes para gerir os bens públicos em geral, aquelas que prescrevem os regimes de inventário, investigação e reivindicação dos bens, as regras sobre a aquisição e transmissão deles etc. Todavia, deve-se notar que estas regras especiais não abrangem as demais regras citadas acima, as quais se restringem a proteger os bens do domínio público[183].

A classificação do Código Civil, embora se refira aos bens do Estado, aplica-se, também aos bens dos demais Entes Públicos territoriais. Porém, neste caso, conforme o artigo 343, aplicam-se outras denominações: *bienes de uso público* e *bienes patrimoniales* – bens de

[180] MATEO, Ramón Martín. *Op. cit.*, p. 426-428.
[181] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 89-93.
[182] Situam-se em uma categoria apartada os bens que compõem o Patrimônio Real. Segundo o artigo 342, estes bens são regidos por leis especiais e, subsidiariamente, pelas regras gerais acerca da propriedade particular, previstas no Código Civil.
[183] *Ibid*., p. 12-32.

uso público e bens patrimoniais[184]. Neste sentido, consideram-se *bienes de uso público*, as estradas provinciais e vicinais, as praças, as vias públicas, as fontes e águas públicas, as obras e prédios públicos aplicados na prestação de serviços gerais financiados pelos Entes Públicos Territoriais intraestatais. Os *bienes patrimoniales* são aqueles que não estão afetados a nenhuma das finalidades acima e que, portanto, regem-se pelas regras gerais do Código Civil e pelas leis especiais que forem aplicadas a cada um deles[185].

Entre estas leis especiais insere-se o *Real Decreto Legislativo n. 7/2015, de 30 de octubre* – Real Decreto Legislativo n. 7/2015, de 30 de outubro – que nos seus artigos 51 e 52 criou o "*Patrimonio Municipal del Suelo*" – "Patrimônio Municipal do Solo". Em linhas gerais, os artigos prescrevem que parte dos imóveis públicos municipais – por exemplo, *bienes patrimoniales* – sujeitar-se-ão a um regime jurídico diferente daquele aplicável às duas categorias tradicionais de bens públicos.

Como se verá oportunamente, entre as especificidades deste regime jurídico está a destinação destes imóveis e dos recursos obtidos com a sua alienação à realização de ações consideradas de interesse social e vinculadas à realização de um interesse público urbanístico específico. Este é o caso, por exemplo, da construção de habitações populares para indivíduos insertos nas faixas de menor renda.

Contudo, deve-se notar que o *Patrimonio Municipal del Suelo* não se caracteriza como uma terceira categoria de bens públicos, pois, os bens neles insertos permanecem sendo considerados *bienes patrimoniales*. Porém, ao se constatar que estes bens são afetados à realização de uma finalidade de interesse público específico, verifica-se que, também na Espanha, o direito de propriedade sobre os *bienes patrimoniales* não se equipara, totalmente, ao regime da propriedade privada. Como no sistema francês, estes bens podem desempenhar funções de direta satisfação de necessidades coletivas que ultrapassam a mera lógica financeira de aumento da arrecadação de receitas públicas.

Por fim e, ainda em consonância ao sistema francês, Ramón Martín Mateo[186] aponta que, também na Espanha tem-se verificado, contemporaneamente, diversas tentativas de

---

[184] MATEO, Ramón Martín. *Op. cit.*, p. 431; OVIEDO, Carlos Garcia. *Op. cit*., p. 368.

[185] De fato, o Código Civil silenciou acerca da possibilidade das demais pessoas jurídicas de direito público serem proprietárias de bens do domínio público e de *bienes patrimoniales*, o que gerou inúmeras críticas doutrinárias. Atualmente a questão está resolvida pela *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre* – Lei do Patrimônio das Administrações Públicas, Lei n. 33/2003, de 03 de novembro. Esta lei reconheceu que a relação de pertença dos bens públicos possui natureza jurídica proprietária e ampliou o rol dos possíveis titulares destes bens. Neste sentido, o artigo 2, da citada lei prescreve que os bens insertos em ambas as categorias poderão se constituir como propriedades do Estado, dos Entes Territoriais e das pessoas jurídicas de direito público criadas por todos eles.

[186] MATEO, Ramón Martín. *Op. cit.*, p. 423 e 426.

possibilitar a melhor exploração dos bens públicos em geral, notadamente dos bens do domínio público. Contudo, segundo o autor, estas tentativas de atualização dos mecanismos de aproveitamento têm gerado uma espécie de privatização dos bens do domínio público, principalmente dos bens ambientais e dos bens de uso coletivo. Assim, estas medidas contrariam as bases sobre as quais se sustenta a tutela dos mencionados bens. Afinal, privilegia-se a possibilidade de aumento de recursos para a iniciativa privada, em detrimento de uma efetiva proteção dos bens ambientais e da garantia dos direitos subjetivos dos usuários.

O ordenamento jurídico português também se filia à tradição francesa, notadamente no que concerne ao reconhecimento da natureza jurídica proprietária[187], ao sistema classificatório e na ênfase atribuída à afetação e desafetação dos bens. Neste sentido, Marcelo Caetano[188] reconhece que os bens de propriedade dos Entes Públicos se subdividem em bens do domínio público e bens do domínio privado – também chamados de bens administrativos ou de bens patrimoniais.

Para ele, em muitas situações os Entes Públicos para realizarem as suas atribuições poderão adotar as regras e instrumentos de Direito Privado. Todavia, em outras situações as prerrogativas conferidas por este ramo do direito são insuficientes para a realização destas competências e, portanto, faz-se necessário que se adotem prerrogativas exorbitantes conferidas pelas leis especiais de Direito Público[189]. Este é o caso da gestão dos bens do domínio público.

Sob a denominação bens do domínio público reúnem-se aqueles que não são passíveis de apropriação individual, os que estão afetados ao uso coletivo e aqueles que estão afetados à prestação de serviços públicos[190]. No que concerne à primeira espécie, a sua utilidade pública é vista como natural[191]. Na segunda espécie, esta utilidade pública é inerente ao ato de

---

[187] Neste sentido, os números 1 e 2, do artigo 82º, da Constituição Portuguesa, prescrevem: "Artigo 82º – Sectores de propriedade dos meios de produção – 1 – É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção. 2 – O sector público é constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas".

[188] CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 410-411.

[189] Neste sentido, prescreve o artigo 1304º, do Código Civil português: "Artigo 1304º – Domínio do Estado e de outras pessoas colectivas públicas – O domínio das coisas pertencentes ao Estado ou a quaisquer outras pessoas colectivas públicas está igualmente sujeito às disposições deste código em tudo o que não for especialmente regulado e não contrarie a natureza própria daquele domínio".

[190] Neste sentido, prescreve o artigo 84º, da Constituição Portuguesa: "Artigo 84º – Domínio público – 1 – Pertencem ao domínio público: a) As águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos; b) As camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário; c) Os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com excepção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção; d) As estradas; e) As linhas férreas nacionais; f) Outros bens como tal classificados por lei. 2 – A lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites".

[191] Neste sentido, o autor compreende que estes bens não precisam ser afetados, já que sua afetação é natural. Consequemente, estes bens também não podem ser desafetados. (*Ibid*., 416.)

sua afetação ao uso coletivo, o qual se constitui como um direito subjetivo público dos usuários, nos termos definidos por Diogo Freitas do Amaral[192]. Por sua vez, os bens destinados aos serviços públicos são dotados de uma utilidade pública funcional que somente se justifica em razão de se vincularem a um serviço público, o que salienta a importância de sua afetação.

Portanto, esta gradação denota o estabelecimento de uma "*échelle de la domanianlité*" – nos termos de Duguit – ligada à forma pela qual ocorre a incidência das regras de Direito Público. Todavia, além disso, a "*échelle de la domanianlité*" permite compreender outra característica fundamental aos bens públicos portugueses, principalmente aos bens do domínio público: todos os bens devem "prestar a sua utilidade pública mediante o maior número possível de formas de uso que for suscetível"[193].

Neste sentido, os bens do domínio público no sistema português apresentam características similares àquelas descritas nos sistemas francês e espanhol[194]. Eles são propriedade de alguma pessoa jurídica de direito público[195]. A lei confere aos seus proprietários prerrogativas especiais, como, por exemplo, a possibilidade de empregarem atos de polícia e aplicarem "meios administrativos" com caráter "definitivo e executório" para defenderem-nos.

Eles também estão excluídos do comércio jurídico de direito privado e "só são suscetíveis de disposição nos termos especialmente regulados pelo Direito Público" – por exemplo, a sua transmissão para outras pessoas jurídicas de direito público. Assim, diz-se que os bens do domínio público são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis[196].

Por sua vez, o domínio privado reúne os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público desprovidos de afetação a uma das finalidades acima[197]. Assim, como os bens naturalmente afetados não perdem a sua destinação pública, tem-se que somente podem integrar esta categoria os bens do domínio público não natural que tenham perdido a sua afetação.

---

[192] AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

[193] CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 431.

[194] Um dos pontos de contato com o sistema espanhol se encontra na desnecessidade de atos de *classement* e *déclassement* existentes no ordenamento francês. Em conformidade ao que ocorre na Espanha, embora estes atos sejam desnecessários, nada impede que o proprietário público os expeçam. Todavia, se houve um ato de *classement* será imprescindível o ato em sentido oposto, em respeito ao princípio do paralelismo das formas, embora, para Yves Gaudemet, o direito francês autorize o *déclassement* de um bem que não ingressou no domínio público mediante um ato formal de *classement*. (GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 159-160.)

[195] Nos termos definidos pelo n. 2, do artigo 84º, da Constituição Portuguesa.

[196] CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 421-422.

[197] Esta perda de afetação pode decorrer de diversas causas. Este é o caso, por exemplo, do "desaparecimento da coisa", pois, neste caso, o objeto do direito de propriedade se extinguiu. Outra possibilidade é o "desaparecimento da utilidade pública", mediante a desafetação legal ou administrativa, expressa ou tácita do bem.

Enfim, há a possibilidade de mudança do interesse público que sustentava a afetação e a aplicação do regime jurídico do domínio público. Neste caso, poder-se-á mostrar ser mais conveniente que esta nova feição do interesse público seja realizada por meio de um outro regime jurídico. (*Ibid.*, p. 443-444.)

Estes bens são passíveis de, *a priori*, serem alienados, serem adquiridos por meio de usucapião e, também podem garantir dívidas públicas etc., tudo em consonância com as leis específicas que os regulem. Dessa forma, embora eles sejam alienáveis, devem-se observar as regras e formalidades prescritas para a sua alienação.

Compreende-se que a retirada das prerrogativas caracterizadoras do domínio público objetiva permitir que os bens do domínio privado cumpram a sua função ou destino: "constituir riqueza e produzir renda mobilizável como e quando seja conveniente"[198]. Dessa forma, embora não se mencione que os bens do domínio privado não desempenhem uma vasta gama de atribuições, como nos sistemas francês e espanhol, deve-se reconhecer que eles também desempenham uma função pública importante. Afinal, eles permitem que se angariem recursos para o custeio das diversas atividades públicas.

Uma vez descritos, em linhas gerais, os sistemas jurídicos de Espanha e Portugal, pode-se analisar a classificação constante do Código Civil brasileiro. Este será o objeto a ser analisado a seguir.

1.1.3.2.3 Impactos da classificação francesa no Código Civil brasileiro

Como se afirmou, a principal classificação dos bens públicos existente no direito brasileiro se encontra no artigo 99, do Código Civil que os divide em "bens de uso comum", de "uso especial" e "dominicais". Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esta classificação tripartite, embora se inspire na experiência francesa, não tem paralelo nos demais sistemas jurídicos que forneceram as bases sobre as quais se edificou o Direito Administrativo brasileiro[199].

O citado artigo não prescreve o que são os "bens de uso comum do povo". Ao contrário, ele apresenta um rol exemplificativo das espécies de bens abarcadas, quais sejam: "rios, mares, estradas, ruas e praças". Dessa forma, em razão da simples enumeração, a sua conceituação ficou a cargo da doutrina.

---

[198] *Ibid*., p. 417

[199] "Talvez em matéria de bens públicos é que se encontre alguma coisa de peculiar ao direito brasileiro, quer na classificação tripartite dos bens, quer nos instrumentos ligados à regularização das terras públicas, como os conceitos de terras devolutas, de legitimação da posse e o processo de discriminação, quer nos conceitos de terras indígenas, terrenos reservados, terrenos de marinha". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 26.)

Para José dos Santos Carvalho Filho, conceituar os bens de uso comum do povo é uma atividade de menor importância, pois, nesta espécie de bens públicos a destinação se apresenta mais relevante que o conceito jurídico de propriedade[200]. Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que os "bens de uso comum do povo" são aqueles que, "por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração"[201].

Conforme Hely Lopes Meirelles[202], a utilização destes bens pelos particulares não depende de qualquer "qualificação ou consentimento especial. Ela, também, não admite frequência limitada ou remunerada", afinal, a cobrança de qualquer valor macula o "direito subjetivo público" destes indivíduos usarem os bens. Dessa forma, o Ente Público somente pode prescrever regras que compatibilizem que o uso por um indivíduo não impeça o uso pelos demais e que os ônus resultantes do uso destes bens sejam compartilhados entre todos. Ademais, conforme o citado autor, ao Ente Público compete apenas a conservação do bem, de forma a possibilitar o seu uso por todos.

Apesar de Hely Lopes Meirelles afirmar que a regra é o uso gratuito dos bens, Diógenes Gasparini reconhece que o uso pode ser remunerado, segundo as regras definidas em leis ou em atos administrativos. Esta possibilidade é prevista no artigo 103, do Código Civil[203], que é um dos fundamentos para a cobrança de pedágios em rodovias[204].

A partir de considerações semelhantes, Odete Medauar[205] afirma que os deveres impostos aos Entes Públicos, autorizam, por exemplo, que os Municípios limitem "o tempo de permanência" de veículos estacionados nas vias públicas. Afinal, estas vias se destinam, primariamente, à circulação de indivíduos e veículos e não para servirem de "garagens de uns

---

[200] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual…*, p. 1243.
[201] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 675.
[202] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 553-554.
[203] Prescreve o artigo 103, do Código Civil brasileiro: "Art. 103 – O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem".
[204] "O pedágio, ou pedagem, como preço cobrado pela utilização de uma estrada, nasceu em Roma e foi largamente acolhido e usado em outros países. Na Inglaterra, até o século XVIII, era cobrado dos que, com carruagem transitavam por estradas conservadas pela Coroa. O pedágio é cobrado na Itália, na França, nos Estados Unidos e no Brasil, entre outros países, pelo uso de suas modernas autoestradas. Pode ser definido como valor pago pelo usuário de uma autoestrada para desfrutar de sua utilização. Tal valor pode ser exigido pelo Poder Público titular da estrada ou por um terceiro, seu concessionário (particular) ou delegatário (autarquia). Esse valor, em qualquer caso, é fixado pelo Poder Público proprietário do bem de uso comum do povo submetido ao regime de pedágio, mediante decreto. Trata-se de preço ou tarifa. Essa sua natureza jurídica. Por ser assim, sua fixação não exige lei nem atenção ao princípio tributário da anterioridade. Sua cobrança é constitucional, não se exigindo via alternativa de trânsito e de utilização gratuita (RJTJSP, 40: 124), mas já se considerou inadmissível a instituição de pedágio com a finalidade de contenção de tráfego local (TJSP, ADIn 124.345.0/9-00-SP)". (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 939).
[205] MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 250.

em detrimento do uso de todos". Segundo ela, este mesmo raciocínio se aplica ao "exercício em vias públicas, de atividades comerciais de predominante interesse privado".

Com base nestas ilustrações, a autora conclui que, embora, geralmente, o uso de bens desta espécie independa de consentimento especial, este pode ser exigido caso se esteja diante de uso privativo do bem. Um exemplo desta exigência pode ser encontrado no transporte de maquinário extremamente pesado em rodovias.

Os bens de uso especial também não são definidos pelo Código Civil. O artigo 99 se limitou a prescrever que os mesmos são os "edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias".

A expressão "uso especial" não é exata, pois ela pode se referir a situações diversas. Ela pode indicar o uso privativo de bem público pelo particular, ou, então, ela pode "abranger determinada modalidade de uso comum sujeito a maiores restrições", como as citadas nos exemplos das vias públicas e rodovias[206]. Apesar disso, a doutrina brasileira reconhece que a expressão constante do Código Civil foi empregada para designar a destinação da coisa à prestação de um dado serviço público, referindo-se ao seu funcionamento e ao funcionamento dos órgãos públicos.

Segundo Diógenes Gasparini[207], o "uso e gozo desses bens" são atribuídos aos Entes Públicos que são proprietários deles e não se exige destes Entes a obediência a quaisquer formalidades para o exercício de suas prerrogativas proprietárias. Os indivíduos que necessitarem estar presentes nestes prédios públicos devem se submeter às regras de funcionamento dos órgãos e atividades que estejam instalados nestes prédios, o que inclui os casos de uso remunerado[208].

Conforme o inciso III, do artigo 99, do Código Civil, os bens dominicais formam "o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades"[209]. Em consonância à doutrina francesa, para Lúcia Valle

---

[206] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 675. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 554.

[207] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 940-941.

[208] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1244.

[209] O parágrafo único do citado artigo prescreve que se consideram bens dominicais, aqueles que pertencem "às pessoas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado". Para Celso Antônio Bandeira de Mello, esta redação é confusa e exige que o intérprete adeque o seu sentido. Assim, ele propõe que o texto seja compreendido da seguinte forma: considerar-se-ão "dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado salvo se a lei dispuser em contrário". O ajuste decorre do regime jurídico dos entes que compõem a Administração Indireta, pois, "não há, nem pode haver, pessoa de direito público que tenha estrutura de direito privado". Afinal, "a estrutura destas entidades auxiliares é um dos principais elementos para sua categorização como de direito público ou de direito privado".

Figueiredo[210], a redação deste inciso demonstra o caráter residual desta última espécie, porquanto, o bem somente será dominical se não se caracterizar como de uso comum do povo ou de uso especial.

Segundo Odete Medauar[211], estes bens não estão "destinados à utilização imediata do povo, nem aos usuários de serviços ou aos beneficiários diretos de atividades", pois não estão afetados a um fim público específico. Os Entes Públicos são os beneficiários diretos destes bens, pois, eles os utilizarão de forma a instrumentalizar as atividades atribuídas às pessoas jurídicas de direito público. Assim, em consonância ao direito português, eles proporcionarão receitas patrimoniais aos seus titulares, o que inclui aquelas advindas da sua alienação, pois o seu titular exerce sobre ele poderes similares aos exercidos pelos proprietários particulares[212].

Assim, ao se comparar a classificação do Código Civil brasileiro com a taxonomia francesa, verifica-se que os bens de uso comum do povo e de uso especial se equipariariam aos bens do *domaine public*, enquanto os bens dominicais se equipariariam aos bens do *domaine privé*. Todavia, estas equiparações apresentam muitos pontos de dissonância, o que impede reconhecê-la como totalmente verdadeira. Esta afirmação pode ser ilustrada por três exemplos.

Inicialmente, uma das principais distinções entre o *domaine public* e o *domaine privé* é que, embora ambos se caracterizem pela *insaisissabilité*, somente os bens do *domaine public* se caracterizam pela inalienabilidade e pela imprescritibilidade. Ainda que estes princípios venham, atualmente, sofrendo inúmeras ressignificações, em regra, eles se mantêm como elementos válidos a caracterizar e distinguir os dois *domaines*.

Todavia, como se viu, no Brasil, a Constituição atribui a imprescritibilidade, a impenhorabilidade – e, por decorrência, a vedação à oneração – e a inalienabilidade relativa às três categorias de bens públicos. Especialmente no que concerne à inalienabilidade, deve-se recordar o que já se afirmou acima. O artigo 100, do Código Civil prescreve que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, por estarem afetados e enquanto durar a sua afetação, são inalienáveis. Por sua vez, os bens dominicais podem ser alienados.

Em outras palavras, a citada expressão deveria ser compreendida em um sentido vinculado à adoção de um modelo organizacional e de práticas de gestão similares àquelas adotadas pelas pessoas jurídicas de direito privado. Porém, em todos os casos, deve-se observar que a adoção destes elementos não afasta a incidência das regras de direito público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 914. Em sentido aproximado: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1246-1247.)

[210] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 580. Neste sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual…*, p. 1245-1246.

[211] MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 251.

[212] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo…*, p. 940-941; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 551.

Entretanto, a inalienabilidade não impede que o uso dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial sejam remunerados ou que eles sejam alienados por meio de instrumentos de direito público, os quais devem observar também diversas formalidades. Este é o caso de a União desapropriar bens de uso comum do povo ou de uso especial pertencentes aos Municípios e aos Estados. Em relação aos bens dominicais, o artigo 101, do Código Civil, prescreve que eles, por não estarem afetados a uma finalidade pública específica, são alienáveis – mediante instrumentos de direito público ou de direito privado. Porém, a sua alienação deve necessariamente observar as exigências legais e o *iter* procedimental já descrito.

Dessa forma, a inalienabilidade das duas primeiras categorias de bens não possui o caráter absoluto que se lhe poderia atribuir, já que eles podem ser alienados por meio de instrumentos de direito público. Ademais, a possibilidade de migração dos bens públicos das duas primeiras categorias para a última sem que se exijam, em regra, formalidades específicas, também facilita a possibilidade de alienação. Outrossim, a exigência de que se observem regras específicas para a alienação dos bens dominicais denota, também, que os procedimentos para a sua retirada do patrimônio público não são idênticos àqueles empregados pelos proprietários privados. Por estas razões, como já se fez acima, é que se afirma que não se está diante de uma inalienabilidade absoluta dos bens públicos, mas de uma inalienabilidade relativa.

Assim, como a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade – e, também, a não-oneração – não apresentam as mesmas aplicações existentes na França, na Espanha e em Portugal. Afinal, elas não fornecem elementos sólidos para distinguir as três categorias de bens públicos vigentes no Direito brasileiro.

Outra ilustração pode ser encontrada na diversidade de concepções quanto ao que se considera serviço público em cada um dos ordenamentos jurídicos. Inúmeras atividades que, na França, são compreendidas como serviços públicos e que, portanto, situam-se em bens do *domaine public*, não se inserem adequadamente na noção brasileira de serviço público. Assim, no caso brasileiro, os imóveis utilizados no funcionamento destas atividades não podem ser considerados bens públicos de uso especial. Este é o caso dos serviços públicos industriais e comerciais existentes no ordenamento francês, mas que no Brasil foram extintos e, hoje, são considerados meios de intervenção pública direta na atividade econômica.

Até mesmo atividades diretamente realizadas pelos Entes territoriais brasileiros, embora corporificados em políticas públicas, não são compreendidos como serviços públicos em sentido próprio. Neste caso, ainda que a lei preveja a afetação do bem a uma finalidade pública específica, esta não se insere no âmbito de um serviço público. Assim, verifica-se que os bens dominicais também podem ser afetados a finalidades de extrema relevância, sem que

migrem de categoria – como ocorre, por exemplo, com a aquisição de terras a serem aplicadas em programas de regularização fundiária[213].

Enfim, a última ilustração acerca da dissonância entre os sistemas francês e brasileiro relaciona-se aos exemplos acima mencionados. Não obstante se reconheça que a afetação de bens dominicais apresenta extrema importância, por exemplo, para a realização da Política Urbana, este ponto é pouco abordado pela doutrina, pela jurisprudência e pelos gestores públicos. Em consonância à opinião de Marcelo Caetano ao analisar o sistema português, eles permanecem adotando, em relação aos bens dominicais, uma lógica financeira a qual, pragmaticamente, inspira a gestão dos bens dominicais brasileiros. Como se viu, na França e, também na Espanha, os bens do *domaine privé* não são geridos somente de forma a angariar recursos aos proprietários públicos, pois, agregam-se a este objetivo outras finalidades públicas, como, por exemplo, o fomento ou, até mesmo, a circulação da coletividade.

Assim, a prevalência da lógica financeira que inspira a gestão brasileira desconsidera as inúmeras destinações concomitantes que podem ser atribuídas a um bem público. Ao mesmo tempo, não se considera que mesmo que os Entes Públicos não recebam contraprestações pelo uso de seus bens por particulares, este uso pode produzir impactos econômico-financeiros importantes. Este é o caso, por exemplo, do aumento da arrecadação de tributos provenientes da prestação de serviços privados executados nos citados imóveis. Outra ilustração se encontra na redução de gastos públicos com políticas sociais – como por exemplo, a construção de habitações populares – no caso de bens públicos ocupados para esta finalidade por indivíduos de baixa renda.

Expostos estes aspectos, é preciso analisar a segunda classificação dos bens públicos e cuja inspiração se encontra no modelo italiano. Este é o objeto da análise a seguir.

1.1.3.3 As bases italianas do Código de Contabilidade Pública

O primeiro Código Civil da Itália unificada data de 1865 e prescrevia no seu Livro Segundo – cujos objetos eram a teoria geral dos bens, o direito de propriedade e as suas modificações – a classificação e as principais regras do regime jurídico dos bens públicos. Este Código prescrevia, textualmente, a existência do direito de propriedade pública, o qual se

[213] Neste caso, em razão das inovações trazidas pelo Direito Urbanístico brasileiro, pode-se reconhecer a existência de uma situação semelhante ao *Patrimonio Municipal del Suelo* existente no ordenamento jurídico espanhol.

restringia às pessoas jurídicas de direito público. O mencionado Código prescrevia, também, que as pessoas jurídicas de direito público podiam ser titulares de bens sujeitos ao regime da propriedade pública – o *demanio pubblico* – e ao regime da propriedade privada – *beni patrimoniali*.

Os bens que integravam o *demanio pubblico* constavam de um rol considerado taxativo por parte da doutrina e eram inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, não sujeitos à desapropriação e isentos de tributos. Conforme a doutrina[214], o *demanio pubblico* se subdivide em *demanio pubblico necessario* e *accidentale* – domínio público necessário e acidental. O primeiro é composto por bens que somente podem pertencer ao Estado, como é o caso dos imóveis destinados a fins militares e de parte considerável dos bens naturais destinados ao uso coletivo. O *demanio pubblico accidentale* é composto por bens que, *a priori*, podem pertencer a qualquer pessoa – indivíduos, pessoa jurídicas de direito público e de direito privado. Assim, estes últimos bens somente integram o *demanio pubblico* se pertencerem aos Entes Públicos Territoriais ou às demais pessoas jurídicas de direito público, como ilustra, por exemplo, as vias de circulação.

Por sua vez, todos os demais bens pertencentes aos Entes Públicos eram considerados *beni patrimoniali*, os quais deviam ser administrados e podiam ser alienados em consonância às leis especiais que lhes fossem aplicáveis. Como os *beni patrimoniali* eram alienáveis, eles se inseriam no mercado jurídico de Direito Privado, o que afastava os demais atributos especiais aplicáveis aos bens do *demanio pubblico*.

Conforme Renato Alessi[215], após o Código de 1865, intensificou-se o processo de criação de textos jurídico-normativos aplicáveis aos bens públicos. Eles especificavam as regras de Direito Público aplicáveis às diversas espécies de bens do *demanio pubblico* e as regras especiais que deviam reger os *beni patrimoniali*.

Durante a intensificação da produção de textos jurídico-normativos, no início do século XX, criou-se o *Regolamento sulla Contabilità dello Stato* – o Regulamento sobre a Contabilidade do Estado. Este, inspirado na doutrina alemã, introduziu no ordenamento italiano a divisão dos *beni patrimoniali* em *beni patrimoniali indisponibilibili* – porquanto destinados à prestação de um serviço público – e *beni patrimoniali disponibili* – destinados a angariar rendas ao proprietário.

Segundo o mencionado autor, nos trabalhos que antecederam a elaboração do Código Civil de 1942, buscou-se alterar toda esta sistemática, mediante a supressão do rol dos

[214] LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Op. cit.*, p. 107-112.
[215] ALESSI, Renato. *Principi...*, p. 507-509.

bens do *demanio pubblico*. Ademais, pretendia-se adotar outra taxonomia dos bens públicos, a qual se aproximava do modelo francês, já que identificava os bens do *demanio pubblico* e os *beni patrimoniali indisponibili* – sujeitando estes últimos ao direito de propriedade pública.

Todavia, estas alterações encontraram muita resistência da doutrina, que a via como pouco científica devido à sua imprecisão. Ademais, elas foram consideradas contrárias à tradição italiana – o que se opunha aos ideários fascistas – e perigosa, principalmente pelos opositores do fascismo, devido ao espraiamento da propriedade pública, visto como uma restrição às garantias e aos interesses individuais.

Estas críticas foram acolhidas e, no que concerne ao tema dos bens públicos, o Código Civil de 1942 manteve a mesma orientação do Código Civil precedente, nos termos apresentados anteriormente. Assim, no *Libro Terzo: Sulla Proprietà* – Livro Terceiro: sobre a Propriedade – ao tratar dos bens, o atual Código Civil italiano manteve a classificação tradicional e conservou as alterações decorrentes da influência alemã. Manteve-se a forma de disposição do rol dos bens do *demanio pubblico* e incorporaram-se diversas construções e sugestões doutrinárias sobre a especificação e a explicitação dos atributos do *demanio pubblico*.

Esta taxonomia – notadamente aquela proveniente do Código Civil de 1865 e do *Regolamento sulla Contabilità dello Stato* – influenciou o ordenamento jurídico brasileiro. Em 1922, criou-se o Regulamento do Código de Contabilidade Pública, anexo ao Decreto n. 15.783, de 08 de dezembro, que conjugou a classificação do Código Civil de 1916, com a classificação italiana, e considerou como elemento taxonômico principal a sua disponibilidade. Neste sentido, os artigos 803, 804, 807, 810 e 811 prescreviam

> Art. 803 – Pertencem à União os bens públicos:
> a) de uso comum do povo, taes como os mares, rios, estradas, ruas e praças, situados em território sujeito à jurisdição do Governo Federal;
> b) de uso especial, taes como os edifícios ou terrenos, aplicados a serviço ou estabelecimento federal;
> c) dominicaes, isto é, os que constituem o patrimonio da União, como objecto de direito pessoal ou real.
> Art. 804 – Os bens do domínio público, capitulados na letra *a* do artigo precedente, são por sua natureza inalienáveis; os do domínio patrimonial do Estado comprehendidos nas letras *b* e *c* do mesmo artigo, só poderão ser alienados nos casos e pela forma que a lei prescrever.
> (...)
> Art. 807 – Os bens patrimoniaes do Estado, comprehendidos nas alíneas b e c do precedente art. 803, são immoveis ou moveis, disponíveis ou não disponíveis.
> (...)
> Art. 810 – Classificam-se como disponíveis os bens do Estado, qualquer que seja sua proveniencia, dos quaes se possa effectuar venda, permuta ou cessão, ou com os quaes se possa fazer operações financeiras em virtude de disposição de leis especiaes de autorização.
> Art. 811 – Consideram-se não disponíveis os bens que são necessarios e têm applicação aos serviços publicos e em relação aos quaes, quer pelo destino dos mesmos, quer por disposição de lei, não póde o Estado praticar nenhum dos actos indicados no artigo anterior.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho[216], os bens de uso comum do povo são descritos em um rol exemplificativo – como se depreende da expressão "tais como". Eles foram denominados de bens do domínio público, portanto, em consonância à acepção restrita que o direito italiano atribui ao *demanio pubblico*.

Estes bens eram considerados indisponíveis, o que atraia os demais atributos acima mencionados. Eles não tinham um "caráter tipicamente patrimonial", pois não possuíam uma mensuração econômica e, assim, não eram passíveis de alienação. Dessa forma, aos Entes Públicos competia "conservá-los, melhorá-los e mantê-los ajustados a seus fins, sempre em benefício da coletividade".

Os bens patrimoniais se subdividiam em: bens patrimoniais indisponíveis e bens patrimoniais disponíveis. Os primeiros correspondiam aos bens de uso especial, os quais também eram enumerados em um rol exemplificativo. Embora estes bens fossem "suscetíveis de avaliação pecuniária" eles não eram passíveis de alienação, pois eram "utilizados efetivamente pelo Estado para alcançar seus fins". Assim, eles mantinham esta característica enquanto existisse esta vinculação, ainda que eles fossem utilizados por terceiros.

Os bens patrimoniais disponíveis correspondiam aos bens dominicais, os quais não se destinavam ao uso público em geral, nem eram "utilizados para o desempenho normal das atividades administrativas". Eles eram passíveis de avaliação pecuniária e eram alienáveis conforme as prescrições legais acima que lhes fossem aplicáveis.

Portanto, em síntese, para a doutrina brasileira, os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial correspondem aos bens indisponíveis e patrimoniais indisponíveis. Isto é, o *demanio pubblico* e os *beni patrimoniali indisponibili* – conforme a classificação italiana – equivaliam ao *domaine public* – da classificação francesa. Enquanto os bens dominicais correspondem aos bens patrimoniais disponíveis, ou seja, *beni patrimoniali disponibili* italianos e equivaliam aos bens do *domaine pivé.*

Todavia, como se viu, esta correspondência não é necessariamente verdadeira. Por exemplo, na Itália, os *beni patrimoniali indisponibili* podem ser adquiridos por meio de usucapião, quando não são efetivamente empregados conforme a sua destinação, o que não se aplica aos bens do *domaine public* franceses.

Neste sentido, deve-se concordar com Rui Cirne Lima, para quem, no Brasil, a classificação acima apresentada foi adotada de forma a enfatizar "mais" as consequências da condição jurídica do que a "condição mesma". Afinal, ao contrário do sistema italiano que

[216] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1247. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 672 e 678.

privilegia os aspectos relacionados à destinação dos bens, a compreensão brasileira se focou nos aspectos financeiros relacionados à possibilidade de alienação ou não dos mesmos. Consequentemente, relegou-se ao segundo plano o elemento central que permeia o tema dos bens públicos em geral e, em especial, dos bens públicos urbanos: a sua destinação ao atendimento do interesse público urbanístico[217].

1.2 Os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os bens públicos

As principais espécies de textos jurídico-normativos que regulam a disciplina jurídica do urbanismo são os planos. Assim, a compreensão destes textos jurídico-normativos exige que se apreenda o sentido da ação de planejar, o que engloba três elementos: o diagnóstico, o prognóstico e os meios de realização.

A atividade de diagnosticar objetiva descrever e analisar a realidade sócio-espacial. Assim, indicam-se os seus pontos positivos e negativos, bem como as suas respectivas causas.

O prognóstico, por sua vez, divide-se em prognóstico esperado e prognóstico desejado. Por meio do primeiro, projetam-se as consequências decorrentes da inalterabilidade da situação fática, cuja consequência, na maior parte das vezes, é o fortalecimento e espraiamento dos aspectos negativos de forma a suplantar os pontos positivos. O prognóstico desejado abarca: o fortalecimento dos pontos positivos; a criação de novos aspectos favoráveis; a eliminação, a redução ou a contenção dos pontos negativos; a tentativa de evitar que novos pontos negativos se desenvolvam. Assim, o prognóstico desejado se refere à realização dos fins do planejamento, que, no caso, é a efetividade do direito à cidade.

Portanto, percebe-se que o prognóstico desejado implica na alteração da realidade sócio-espacial, o que exige a criação de meios aptos a proporcionar esta mudança. Dessa forma, estes meios de realização são os instrumentos que regulam e possibilitam que os atores públicos e privados atuem na modificação do plano fático. Estes instrumentos abarcam, por exemplo: as intervenções públicas na alocação de infraestrutura, serviços e equipamentos públicos; a

[217] Como forma de solucionar este problema, o autor propôs substituir estas denominações por aquelas adotadas no sistema jurídico alemão. Isto é: bens do patrimônio administrativo, no lugar de bens patrimoniais indisponíveis; e bens do patrimônio fiscal, no lugar de bens patrimoniais disponíveis. Porém, a simples substituição terminológica proposta por Rui Cirne Lima e por outros autores não soluciona os problemas centrais ligados ao tema: a pouca importância conferida à destinação dos bens públicos, os impactos desta destinação sobre o regime jurídico destes bens etc. (LIMA, Rui Cirne. *Op. cit.*, p. 179).

regulação das prerrogativas proprietárias. Eles abarcam, também: a ação urbanizadora dos atores privados, desde as maiores operações, como os loteamentos, às menores, como a reforma de uma casa e a distribuição e o funcionamento das atividades privadas. Eles englobam, enfim, os diversos instrumentos e inovações que o Direito Urbanístico brasileiro trouxe para o regime jurídico dos imóveis públicos urbanos.

Assim, o prognóstico desejado e os instrumentos de realização estão em uma relação simbiótica. Por exemplo, os elementos regulatórios contribuem para a realização das finalidades, mediante a ordenação da produção sócio-espacial, ao mesmo tempo em que a realização fática dos elementos prospectivos justifica a regulação das prerrogativas proprietárias. Consequentemente, os elementos prospectivos permitem que se realize a verificação da adequabilidade dos parâmetros regulatórios – isto é, se os mesmos são adequados para a realização da finalidade ou interesse público urbanístico: o direito à cidade.

Estas especificidades do planejamento espacial em geral – e do planejamento urbano especificamente – explicam a hierarquização e a harmonização das várias espécies de planos. Os planos mais gerais e, em regra editados pelos Entes Territoriais Nacionais e Regionais têm o caráter prospectivo ampliado e suas determinações vinculam os demais planos, já que estes devem densificá-las e operacionalizá-las. Estes últimos planos, portanto, têm o seu caráter regulatório e operacional intensificado, razão pela qual, suas determinações vinculam todos os sujeitos, independentemente de sua personalidade jurídica.

Ademais, os planos urbanísticos cujo caráter regulatório e operacional é intenso são, em regra, de competência dos Entes Territoriais locais. Assim, estes Entes podem regular as prerrogativas proprietárias e as ações urbanísticas de forma adequada às suas particularidades, o que, denota a multiplicidade de regimes jurídicos proprietários, bem como a pluralidade de formas de realização do direito à cidade[218].

---

[218]Para Fernando Alves Correia, um elemento comum na disciplina jurídica do urbanismo contemporâneo é a caracterização do planejamento territorial em perspectiva gradualista. Neste sistema os planos locais possuem eficácia sobre atores públicos e privados, mas, em grande parte, estes documentos são dependentes e subordinados às diretrizes fixadas pelos demais Entes Territoriais em seus planos ou documentos urbanísticos ou de ordenação do território. Assim, estes últimos planos ou documentos possuem uma eficácia territorial mais ampla e restrita aos atores públicos e, em regra, possuem uma natureza "prospectiva e previsional" e indicam as "grandes linhas de desenvolvimento harmonioso do território abrangido". Portanto, estes diversos níveis normativos e a variabilidade dos documentos impõem a necessidade de se desenvolverem mecanismos de harmonização/articulação entre os diversos textos jurídico-normativos. (CORREIA, Fernando Alves. *Manual...*, p. 176.)

Em sentido semelhante, Henri Jacquot e François Priet recordam que esta exigência de harmonização ou articulação decorre de uma necessidade concreta, afinal, o território nacional é um patrimônio comum sobre o qual incidem diversos textos jurídico-normativos expedidos pelos diversos Entes Públicos Territoriais. Consequentemente, a necessidade de harmonização e articulação apresenta uma justificativa de caráter pragmático, evitar a ocorrência de antinomias e afastar a insegurança jurídica delas decorrentes. (JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Op. cit.*, p. 194.)

Neste sentido, é necessário sistematizar o sistema de planejamento urbano, com ênfase na atuação dos Entes Públicos locais. Notadamente, deve-se investigar se as suas regras se restringem à propriedade privada, ou se elas, também, alcançam a propriedade pública. Neste caso, deve-se examinar se elas também impactam os bens pertencentes aos demais Entes Públicos Territoriais, independentemente destes bens pertencerem ao domínio público ou ao domínio privado das citadas pessoas jurídicas de direito público.

Para isso, recupera-se a divisão dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental em duas matrizes, com o objetivo de, num primeiro momento, reunir elementos que auxiliem na compreensão e sistematização do planejamento urbano brasileiro. Além deste escopo, objetiva-se, também, investigar se os comandos referentes à regulação das prerrogativas proprietárias também se aplicam aos bens públicos.

Inicialmente, analisar-se-ão os citados sistemas jurídicos possuem regras que obriguem os proprietários públicos – com ênfase no Estado e nos Entes Regionais – a seguirem as regras contidas nos planos urbanísticos criados pelos Entes Territoriais locais. Enfim, com base nos dados provenientes da análise de ambas as matrizes e nas determinações, regras e princípios constantes do Estatuto da Cidade e demais textos jurídico-normativos nacionais investigar-se-á os impactos do sistema de planejamento urbano brasileiro sobre os bens públicos. Explicitados estes aspectos, inicia-se a descrição dos sistemas da Europa latina ocidental, pela matriz franco-portuguesa.

1.2.1 A matriz franco-portuguesa

A matriz franco-portuguesa se caracteriza por uma complexa relação entre as disciplinas da ordenação espacial: *aménagement du territoire*/ordenação do território e disciplina jurídica do urbanismo. Ademais, ela se marca por um intenso processo de descentralização que privilegia as estruturas supralocais e locais, sem desconhecer a importância da atuação do Estado. Assim, apesar da disciplina jurídica do urbanismo se referir ao micro-ordenamento territorial, ela está condicionada por diversos textos jurídico-normativos nacionais, os quais devem ser considerados no planejamento urbano local e interlocal.

Consequentemente, a compreensão do planejamento urbano exige considerar alguns aspectos ligados aos documentos de urbanismo de âmbito nacional. Para tanto, inicia-se

a exposição pela descrição do sistema jurídico francês que é uma das inspirações para o modelo português, para a matriz ítalo-espanhola e para o sistema jurídico brasileiro.

1.2.1.1 Os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os imóveis públicos no sistema francês

O *Droit de l'Urbanisme* francês contém regras aplicáveis a destinatários distintos. Algumas delas são oponíveis somente aos Entes Públicos, como é o caso daquelas relativas à elaboração, à avaliação e à evolução dos documentos locais de urbanismo.

Há hipóteses, em que, embora, os documentos e regras de urbanismo se apliquem diretamente aos Entes Públicos, eles produzem impactos sobre os indivíduos e as pessoas jurídicas de direito privado. Este é o caso, por exemplo, dos instrumentos de urbanismo operacional, como: as *réserves foncières* – reservas fundiárias ou banco de terras; a *expropriation*; as *Zones d'Aménagement Concertées*; as *Zones d'Aménagement Differé*; e os *droits de préemption urbain*[219].

Porém, há regras que são oponíveis a todos – Entes Públicos, indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado. Este é o caso das regras sobre as autorizações de urbanismo e aquelas relativas ao zoneamento e à afetação do uso e à ocupação do solo[220].

Em 17 de janeiro de 1997, ao julgar a *Requête* n. 183072 – Petição n. 183072 – o *Conseil d'État* se manifestou sobre este ponto. Naquela oportunidade, afirmou-se que a

---

[219] Outra ilustração se encontra em uma das expressões mais antigas do *Droit de l'Urbanisme*: o *plan d'alignement* – o plano de alinhamento – das vias públicas comunais. Atualmente, esta matéria é regida pelos artigos L. 112-1 a L. 112-7, do *Code de la Voirie Routière* – Código de estradas e vias de circulação terrestres.
Conforme os citados artigos o *alignement* é fixação dos limites entre o *domaine public routier* – domínio público das vias de circulação terrestres – e os imóveis que se localizam às suas margens. O *plan d'alignement* não se limita a declarar o limite atual das vias públicas, mas, também, pode ampliá-lo. Durante a sua elaboração ou a sua revisão é assegurada a participação popular – principalmente dos proprietários dos imóveis vizinhos às vias públicas – o que se justifica pelos impactos que o citado plano provoca nos direitos de propriedade sobre estes imóveis.
Por exemplo, os imóveis não construídos e situados dentro dos perímetros de ampliação da via serão diretamente incorporados ao *domaine public routier*, mediante pagamento de indenização ao proprietário. No caso de imóveis construídos, esta incorporação somente ocorrerá quando a construção for destruída ou demolida – por meio de ato do proprietário do imóvel ou do Ente Público proprietário da via pública – e, neste caso, também se assegura ao proprietário do imóvel direito à indenização. Ademais, a inserção do imóvel construído no perímetro fixado pelo plano reconfigura as prerrogativas do proprietário. Por exemplo, nas partes do imóvel situados neste perímetro não poderão ser realizadas novas construções e, também, não poderão ser realizadas obras que objetivem conservar o imóvel e, assim, prolongar a sua vida útil. (Para mais informações sobre esta matéria: FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 205-208.)

[220] AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. *Droit. de l'urbanisme et de la construction*. 10. ed. París: Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2015. p. 212.

expressão "*documents d'urbanisme*" se refere aos "*documents élaborés à l'initiative d'une collectivité publique et ayant pour objet de déterminer les prévisions et règles touchant à l'affectation et à l'occupation des sols, opposables aux personnes publiques ou privées*"[221].

Por exemplo, no que concerne à incidência dos *Plans Locaux d'Urbanisme* e das *Cartes Communales* sobre os bens públicos, o artigo L. 112-4, do *Code de l'urbanisme* é explícito quanto à sua aplicação[222]. Ele prescreve que estes documentos "*sont opposables à toute personne publique ou privée pour l'exécution de tous travaux, constructions, aménagements, affouillements ou exhaussements des sols, la création de lotissements et l'ouverture des installations classées pour la protection de l'environnement*"[223].

No mesmo sentido está o artigo L. 152-1. Ele prescreve que, nos territórios regidos por um *Plan Local d'Urbanisme*, as execuções de todas as atividades acima mencionadas, realizadas por Entes Públicos ou não, devem estar conformes ao "*règlement et à ses documents graphiques*" – ao "regulamento e aos seus documentos gráficos".

Portanto, estas ilustrações denotam que, na França, os bens pertencentes aos Entes Públicos – insertos no domínio público ou no domínio privado – se submetem às regras do *Droit de l'Urbanisme*. Segundo Grégory Kalflèche[224], esta submissão decorre do *principe de l'indépedance des législations*, e se faz notar, por exemplo, nos impactos das regras de uso e ocupação do solo sobre as possibilidades de afetação dos bens públicos.

Após analisarem diversas decisões do *Conseil d'État*, Pierre Soler-Couteaux e Elise Carpentier chegam a conclusão semelhante àquela exposta por Grégory Kalflèche. Para eles, "*si le document local d'urbanisme prévoit la réalisation d'équipaments ou de constructions sur le domaine public, le permis ne pourra être délivré que si l'ouvrage est compatible à la fois avec l'affectation des sols telle qu'elle resulte du document d'urbanisme et avec l'affectation*

---

[221] Em uma tradução livre: a expressão "documentos de urbanismo designam "documentos elaborados por iniciativa de uma coletividade pública cujo objeto seja a determinação das previsões e regras que determinam a afetação e a ocupação dos solos, oponíveis às pessoas públicas ou privadas". (FRANÇA. Conseil d'État. *Requête n. 183072*. Parts: Association de défense du site de l'environnement de Galluis e conseil municipal de la commune de Galluis. Président: M. Groux. Rapporteur: Mme Hubac. Commissaire du gouvernement: M. Bonichot. Paris, 17 de janeiro de 1997. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007896144&fastReqId=1298294617&fastPos=1>. Acesso em 28 dez. 2016.)

[222] Por sua vez, os *Schémas de Cohérence Territoriale* não são oponíveis às licenças de construir, exceto em raras exceções.

[223] Em uma tradução livre: estes documentos "são oponíveis a toda pessoa pública ou privada, para a execução de todas as obras, construções, ordenações, escavação ou elevação dos solos, criação de loteamentos e abertura de instalações classificadas pela proteção ambiental".

[224] KALFLÈCHE, Grégory. *Op. cit.*, p. 22-23. Sobre o *principe de l'indépedance des législations*: AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. *Op. cit.*, p. 209-210.

du domaine public"[225]. Assim, o proprietário público ou o beneficiário do título de uso privativo do bem público, ao atribuírem uma afetação específica ao bem, devem observar a compatibilidade desta afetação à destinação que os documentos de urbanismo atribuem à área em que se localiza este bem.

Segundo os autores, um dos impactos da incidência do *Droit de l'Urbanisme* sobre os bens públicos pode ser encontrado nas regras acerca das *demandes d'autorisation d'urbanisme* – dos pedidos de licenciamento urbanístico. Conforme o artigo R. 431-13, se o bem se insere no *domaine public*, a *demande d'autorisation* será acompanhada de documento em que conste a concordância do gestor do domínio com o "*procédure d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public*" – o procedimento de autorização de ocupação temporária do domínio público. Se o bem se insere no *domaine privé*, o órgão deliberante do Ente Público proprietário pode habilitar um terceiro a demandar a autorização e, assim, o sujeito habilitado ao apresentar sua demanda deverá atestar ser autorizado a executar os trabalhos. Ademais, esta habilitação pode decorrer do título que concede a alguém o uso privativo do bem público em questão[226].

Assim, percebe-se que a submissão dos bens públicos aos documentos locais de urbanismo não esvazia a autonomia e as prerrogativas proprietárias dos Entes Públicos, mas se liga à aplicação dos citados documentos às áreas em que se situam os bens públicos[227]. Estes poderes são preservados pelo *principe de l'indépedance des législations*, pelas regras sobre a elaboração e a evolução dos documentos locais de urbanismo e pelos mecanismos de harmonização dos diversos documentos de urbanismo. Afinal, as comunas e os *Établissements Publics* têm o dever de incorporar os elementos essenciais dos documentos criados pelos demais Entes Públicos aos documentos locais, como ilustra o artigo L. 131-2, 4º, e 131-7, todos do *Code de l'urbanisme*. Estes artigos prescrevem que os documentos comunais e intercomunais

---

[225] Em uma tradução livre: "se o documento local de urbanismo prevê a implantação de equipamentos ou de construções no domínio público, a autorização de construir somente poderá ser liberada se a obra for compatível com a afetação dos solos, como conste no documento de urbanismo e com a afetação do domínio público". (SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. *Droit de l'urbanisme*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 423.)

[226] *Ibid*., p. 422-424.

[227] Por exemplo, dentro do perímetro de uma *Opération d'Intérêt National*, a autonomia do Estado e a sua capacidade de afetação será maior, devido à superioridade da operação na hierarquia dos documentos de urbanismo e ao seu caráter vinculante e derrogatório dos documentos locais.
Outra ilustração pode ser encontrada na implantação dos loteamentos. A sua implantação é acompanhada da definição de áreas onde se instalarão/realizarão equipamentos coletivos, os quais, poderão ser transferidos, no todo ou em parte, às coletividades territoriais, principalmente às comunas. Assim, embora a comuna tenha autonomia para afetar as áreas transferidas, esta autonomia deve ser exercida em consonância às determinações que foram aprovadas. (JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Op. cit.*, p. 611-614.)

de urbanismo[228] "*prennent en compte* (...) *Les programmes d'équipement de l'État, des collectivités territoriales et des établissements et services publics*"[229]. Dessa forma, possibilita-se a harmonização entre a destinação do solo de cada zona criada pelos documentos locais, a autonomia e as prerrogativas do proprietário público e a afetação dos imóveis públicos localizados em cada uma destas zonas.

Este impacto da destinação atribuída pelos documentos comunais e intercomunais de urbanismo também se fazem notar nos instrumentos de urbanismo operacional. Afinal, as finalidades que possibilitam a aplicação ou instituição destes instrumentos definem as destinações dos imóveis que serão adquiridos por meio deles e os títulos de uso privativo que poderão ser empregados para o cumprimento destas afetações.

Embora o bem tenha sido adquirido para um dado fim, ele pode ser afetado a uma outra destinação concreta, porém, a alteração de afetação não é livre. Ela decorre, de forma mais ou menos explícita, do delineamento jurídico do instrumento de aquisição empregado e da destinação atribuída ao solo pelos documentos de urbanismo. Se o Ente Público se mantém inerte quanto à afetação do bem adquirido ou ultrapassa estes limites, os seus atos podem gerar diversos efeitos, como, por exemplo: o direito de retrocessão aos antigos proprietários ou a anulação do ato de afetação. Dessa forma, esta afetação também impactará na definição e na extensão das prerrogativas proprietárias dos Entes Públicos que somente poderão adquirir, alienar e usar estes bens em consonância às sobreditas destinações/finalidades[230].

Norbert Foulquier[231] fornece duas ilustrações acerca da relação de compatibilidade[232] entre estes instrumentos e os documentos locais de urbanismo – no caso a desapropriação por utilidade pública e o *Plan Local d'Urbanisme*[233]. Segundo ele, não se pode declarar de utilidade pública para fins de desapropriação terras destinadas à construção de novas

---

[228] Isto é, os "*Schémas de Cohérence Territoriale*" e, na ausência deles, os "*Plans Locaux d'Urbanisme"* e as "*Cartes Communales"*.

[229] Em uma tradução livre: os documentos comunais ou intercomunais de urbanismo deverão "ter em conta/considerar (...) Os programas de equipamento do Estado, das coletividades territoriais, e dos estabelecimentos e serviços públicos".

[230] AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. *Op. cit.*, p. 347-351; GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 106.

[231] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 419-420. No mesmo sentido: AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 472-473.

[232] Note-se que se está diante de uma relação de compatibilidade e não de conformidade.

[233] Conforme o autor, embora a declaração de utilidade pública deva ser compatível com o *Schéma de Cohérence Territoriale*, o juiz é menos exigente quanto à análise de compatibilidade, já que as determinações deste documento são menos precisas do que aquelas constantes do *Plan Local d'Urbanisme*. Afinal, o *schéma* "*ne fixe en effet que les lignes générales de l'aménagement urbanistique de plusiers communes*" – isto é, "somente fixa as linhas gerais da ordenação urbanísticas de várias comunas". Consequentemente, somente se considerará a declaração de utilidade pública ilegal se ela comprometer as "*orientations essentielles*" – orientações essenciais – do *Schéma de Cohérence Territoriale*. (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 421.)

habitações se estas terras se localizam em uma área afetada pelo *Plan Local d'Urbanisme* como zona agrícola. No mesmo sentido, se este documento local de urbanismo proíbe a implantação de obras destinadas ao serviço público em uma área desabitada, não é possível desapropriar imóveis nesta área para a instalação de cemitérios.

Porém, isto não significa a superioridade absoluta do *Plan Local d'Urbanisme* face às declarações de utilidade pública exaradas, por exemplo, pelo Estado. Segundo o artigo L. 153-54, do *Code de l'urbanisme*, em duas situações a citada declaração obriga à modificação do documento local de urbanismo. No primeiro caso, a *enquête publique* que precede a desapropriação reconhece a utilidade pública da operação que será realizada, o que exige que o plano se torne compatível com ela. No segundo caso, a declaração de utilidade pública "*doit être adoptée après que les dispositions proposées pour assurer la mise en compatibilité du plan sont fait l'objet d'un examen conjoint*" dos diversos Entes Públicos envolvidos[234].

Estes últimos exemplos corroboram a sobredita afirmação acerca da harmonização entre as regras dos documentos locais de urbanismo e aquelas relativas aos bens públicos. Afinal, como afirmam Jean-Marie Auby, Pierre Bon, Jean-Bernard Auby e Philippe Terneyre, a desapropriação nos casos acima se submetem às regras procedimentais de evolução dos documentos locais de urbanismo[235].

Assim, as descrições do sistema jurídico francês fornecem elementos que orientarão a exposição sumária dos demais ordenamentos jurídicos da Europa latina ocidental. Em consonância à sobredita divisão destes ordenamentos em duas matrizes, a seguir se apresentarão os principais elementos do sistema lusitano, o que completa a exposição desta matriz.

1.2.1.2 Os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os imóveis públicos no sistema português

Em regra, os programas definem as estratégias de "desenvolvimento territorial", as "diretrizes programáticas" e a "incidência espacial de políticas nacionais". Por sua vez, os "planos" definem as "opções e ações concretas" concernentes ao "uso do solo" e ao

[234] Em uma tradução livre: a declaração de utilidade púbica "deve ser adotada depois que as disposições propostas para garantir a compatibilidade do plano foram objeto de um exame conjunto" dos diversos entes Públicos envolvidos.

[235] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 473.

"planejamento e organização" territorial. Esta diferenciação de finalidades possui consequências concretas, as quais foram explicitadas pelo artigo 46, da Lei n. 31/2014, de 30 de maio, e que denotam a aproximação entre os sistemas jurídicos português e francês.

O sobredito artigo prescreve que os "programas territoriais" não possuem "eficácia *plurisubjectiva*", pois as duas determinações somente "vinculam as entidades públicas". Eles se destinam, com maior intensidade, a ordenar a planificação territorial em um sentido macro, mediante, por exemplo, a definição de elementos que conformam a elaboração e dinâmica dos documentos inferiores. Por sua vez, os "planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal" possuem "eficácia *plurisubjectiva*", pois eles "vinculam as entidades públicas e ainda, direta e imediatamente, os particulares"[236].

O principal exemplo de regras e determinações com "eficácia *plurisubjectivas*" contidas nos planos são aquelas atinentes à qualificação e à classificação do solo. Afinal, a decisão que considera – ou afeta – uma parte do território como solo urbano cria uma gama, mais ou menos ampla, de possíveis destinações concretas que poderão ser atribuídas aos proprietários ou possuidores de cada um dos bens públicos ou privados situados na citada área.

Assim, a afetação urbanística impacta na destinação e na conformação das prerrogativas dos proprietários públicos e dos beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos. Estes sujeitos somente poderão atribuir afetações específicas aos bens se estas estiverem em consonância à destinação urbanística atribuída à área. Ademais, o aproveitamento destes imóveis – por exemplo o exercício do *ius aedificandi* – sujeitar-se-á às regras, procedimentos e fiscalizações decorrentes do Direito do Urbanismo, entre as quais se encontra o dever-poder de polícia urbanística.

Todavia, o grau/relação de consonância entre a destinação/afetação concreta do imóvel e a destinação/afetação urbanística da área em que ele se situa variará segundo o grau de densidade normativa das regras de urbanismo aplicáveis. Na maior parte dos casos, este grau ou relação de consonância se caracterizará pela compatibilidade, pois, não se poderão atribuir afetações aos bens públicos que contrariem as regras urbanísticas, ou somente poderão fazê-lo em caráter excepcional. Porém, em outros casos, este grau ou relação de consonância se caracterizará pela conformidade, impondo ao proprietário público o dever de atribuir uma

[236] Não obstante a citada distinção pareça muito clara, ela deve ser tomada com algumas ressalvas. Se o programa contiver determinações demasiadamente específicas – isto é, com elevado grau de densidade normativa – estas regras também poderão possuir eficácia *plusrisubjectiva*. Este é o caso, por exemplo, das determinações sobre recursos florestais, contidas em alguns programas – como os programas especiais – pois, conforme o n. 3, do artigo 46, da Lei n. 31/2014, de 30 de maio, elas vinculam direta e imediatamente os indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado. (*Ibid*., p. 436-466. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Direito do urbanismo*: do planeamento à gestão. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2010. p. 16-17.)

destinação/afetação específica à área. Estes elementos denotam, portanto, uma íntima relação entre: por um lado, a afetação urbanística e a afetação concreta de um dado imóvel público; e, por outro lado, a dinâmica dos planos.

Todos estes aspectos podem ser ilustrados, por exemplo, pela relação entre os programas setoriais e os planos. Conforme os artigos 39º a 41º, do Decreto-Lei n. 80/2015, de 14 de maio, estes planos prescrevem os "objetivos setoriais com incidência territorial". Eles são a "expressão territorial" das diversas políticas setoriais – saúde, educação, transportes etc – e contêm as decisões sobre "a localização de grandes empreendimentos públicos com incidência territorial". Os programas setoriais são um dos documentos que devem ser considerados na elaboração dos planos diretores, de forma a que estas estratégias de distribuição e de localização de equipamentos encontre densificação no âmbito intermunicipal e municipal. Todavia, segundo o n. 2, do artigo 95º, do citado Decreto-Lei, uma vez elaborado este plano, ele se torna o "instrumento de referência para a elaboração dos demais planos municipais" e para que se realizem as "intervenções setoriais" dos demais Entes Públicos Territoriais.

Assim, para instalar um determinado equipamento público previsto no programa setorial, o Estado deverá observar os locais onde o Município previu que o equipamento deveria ser instalado ou os locais em que ele vedou a sua instalação. Consequentemente, não basta que o Estado alegue, *a priori*: a sua supremacia; a supremacia do interesse nacional; ou que a instalação do equipamento será menos onerosa nas áreas onde o Município a proibiu, pois, nesta área se localizariam imóveis públicos vagos. Afinal, o n. 1, do artigo 9º, do Decreto-Lei, prescreve que o critério para solucionar casos desta espécie é a prioridade relativa do interesse que determine o adequado uso do solo em "termos ambientais, econômicos[237], sociais e culturais"[238]. Dessa forma, esta decisão exigirá a análise dos elementos fáticos e jurídicos que compõem o caso concreto e que apontarão se a instalação do citado equipamento no imóvel situado em área proibida está em consonância à destinação do bem.

Outros impactos dos planos urbanísticos podem ser encontrados nos Programas de Execução dos planos diretores e de urbanização e nos Programas de Execução das Ações Previstas nos planos de pormenor. Em todos eles estabelece-se uma ordem de intervenções prioritárias: do Estado, das estruturas intermunicipais e do Município, no caso dos planos

[237] Neste caso, por exemplo, dever-se-ão considerar o Programa de Execução e o Plano de Financiamento e Fundamentação da Sustentabilidade Financeira que acompanham o plano diretor e que poderão fornecer argumentos contrários à pretensão do Estado.

[238] Este critério possui natureza relativa, pois, o n. 2, do citado artigo 9º, do Decreto-Lei n. 80/2015, de 14 de maio, prescreve: "Artigo 9º – Graduação do interesse público – [...] 2 – Excetuam-se do disposto no número anterior os interesses respeitantes à defesa nacional, à segurança, à saúde pública, à proteção civil e à prevenção e minimização de riscos, cuja prossecução tem prioridade sobre os demais interesses públicos".

diretores; das estruturas intermunicipais e dos Municípios, no caso dos demais planos. Dessa forma, o não atendimento desta ordem de prioridades somente se justifica por motivos supervenientes devidamente comprovados.

Neste mesmo sentido e com foco específico sobre o impacto dos planos urbanísticos sobre o regime jurídico dos bens públicos tem-se a definição no plano diretor das "áreas de interesse público para efeitos de expropriação". Neste caso, a competência discricionária para selecionar os bens ou áreas que se sujeitarão à citada medida e as finalidades específicas a que se destinarão são conformadas pelos planos que, também, definirão as "regras de gestão" aplicáveis a estes bens. Assim, mais uma vez, o descumprimento desta medida somente poderá se dar por razões especiais que a justifiquem – como é o caso da sobredita superveniência de fato ou ato que tornem a obediência à regra contrária ao interesse público.

Portanto, este último exemplo demonstra que os instrumentos de urbanismo operacional do direito luso também impactam os bens públicos e as ações urbanísticas dos Entes Públicos. Este é o caso da desapropriação, acima citada, do direito de preempção[239] e do próprio plano de pormenor. Afinal, este último cria uma zona ou perímetro especial dentro do zoneamento municipal que estabelece índices e parâmetros urbanísticos específicos para a área. Ademais, este plano determina: as operações de "transformação fundiária" e de "demolição, conservação e reabilitação das construções existentes"; as obras de urbanização que devem ser realizadas; e a "implantação das redes de infraestruturas".

Assim, com base na exposição sumária do sistema luso percebem-se diversos pontos de contato com o sistema francês. Assim, é necessário apresentar alguns elementos de síntese da matriz franco-portuguesa, os quais auxiliarão na análise dos demais ordenamentos.

[239] Para Fernanda Paula Oliveira, as regras dos planos urbanísticos referente ao direito dos solos podem impactar diretamente na finalidade dos bens públicos. Os citados documentos de urbanismo podem prescrever a aquisição de imóveis ou destinar bens patrimoniais dos Entes Públicos territoriais para finalidades relacionadas à realização do direito à cidade. Por exemplo, eles podem ser destinados para: a regulação do mercado de terras; a instalação de redes de infraestrutura, obras e serviços públicos; construção de habitações populares etc. Neste caso, denota-se que esta proposta da autora encontra sua origem, na experiência espanhola. (OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Novas tendências do direito do urbanismo*: de um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 42.)

1.2.1.3 Alguns elementos de síntese da matriz franco-portuguesa

Como se viu, a matriz franco-portuguesa se caracteriza por textos jurídico-normativos nacionais que contêm as regras gerais aplicáveis ao planejamento urbano: o *Code de l'Urbanisme*, na França; e, em Portugal, a Lei n. 31/2014, de 30 de maio e o Decreto-Lei n. 80/2015, de 14 de maio. Estes textos jurídico-normativos, cada um ao seu modo, são responsáveis por permitir a integração do Ordenamento do Território e da disciplina jurídica do urbanismo.

Este processo de integração estabelece um sistema hierarquizado de documentos de Ordenamento Territorial e de Direito do Urbanismo. Os documentos de grau hierárquico mais elevado fixam estratégias e objetivos que serão incorporados pelos documentos de grau inferior, o que significa que, em regra, eles vincularão os demais Entes Públicos e não apresentarão "eficácia *plurisubjectiva*".

Os documentos inferiores, por sua vez, possuem um elevado grau de precisão e especificidade, o que vincula os Entes Públicos e os sujeitos privados. Dessa forma, estabelece-se uma relação de meios e fins, em que os documentos inferiores são meios de realizar os objetivos e estratégias definidos nos documentos superiores.

Não obstante estas semelhanças, não se pode afirmar que ambos os sistemas sejam idênticos. De um lado, percebem-se pontos de contato, como, por exemplo, as determinações sobre políticas públicas setoriais com impacto territorial – como educação e saúde. Nestes casos, em ambos os ordenamentos jurídicos existem previsões acerca da programação, ordem de prioridades, distribuição e alocação destes equipamentos.

Lado outro, no ordenamento francês existem instrumentos como os *projets d'intérêt général* e as *opérations d'intérêt national* que, embora situados nos escalões hierárquicos superiores, conferem ao Estado um amplo poder de regulação das áreas abrangidas. Isto é, as regras presentes nestes instrumentos possuem uma elevada densidade normativa que vincula os demais Entes Públicos, os indivíduos, as pessoas jurídicas de direito público e privado, os proprietários e possuidores de bens privados e públicos.

Neste sistema hierarquizado, os documentos de urbanismo criados pelos Entes Públicos locais e interlocais ocupam os escalões mais inferiores da ordem hierárquica acima mencionada, o que lhes garante uma alta densidade normativa. Ademais, os ordenamentos jurídicos que compõem a matriz franco-portuguesa convergem quanto ao reconhecimento da natureza jurídica regulamentar destes documentos locais/interlocais de urbanismo.

Estes planos locais/interlocais possuem uma parte oponível a terceiros e que é composta de regras escritas e gráficas. Ao lado destas regras estão outros documentos que compõem – no caso francês – ou acompanham – no caso português – o plano e que, embora não sejam oponíveis a terceiros, apresentam-se de extrema importância. Afinal, eles possibilitam verificar a adequação do documento à realidade diagnosticada, eles permitem a coesão interna do próprio plano e possibilitam que se verifique a coesão externa do documento – face aos demais documentos que compõem a sobredita ordem hierárquica.

Ademais, as partes que compõem os planos franceses – ou os documentos que acompanham os planos portugueses – também se mostram fundamentais para a avaliação e a evolução/dinâmica dos planos. Eles fornecem elementos de verificação e contribuem para a racionalidade dos parâmetros e índices concretos contidos nas regras dos planos e que possibilitam um exame objetivo da sua efetividade. Assim, estas informações permitem averiguar se os planos estão atingindo os seus objetivos e, caso não estejam, possibilita-se a sua reorientação. Outrossim, eles permitem averiguar e corrigir incoerências prévias ou supervenientes entre os documentos locais e os documentos superiores.

Para permitir a harmonização e a articulação entre estes diversos níveis normativos, a matriz franco-portuguesa adota "fórmulas legais" e mecanismos procedimentais semelhantes e que se aplicam, em regra, durante a elaboração, revisão ou modificação/alteração dos planos. Todavia, os sistemas jurídicos da sobredita matriz apresentam particularidades quanto aos mecanismos de harmonização ou de articulação. De um lado, no sistema francês, as citadas "fórmulas legais" receberam um tratamento mais coerente e detalhado do que no ordenamento português. Lado outro, os mecanismos procedimentais apresentam um papel de relevo no sistema português, o que, em certa medida, denota um caráter mais centralizador no regime de repartição das competências urbanísticas.

Quanto à participação popular tem-se que ela não é meramente formal, pois, em várias hipóteses os Entes responsáveis pela elaboração dos planos devem responder e fornecer informações fundamentadas sobre diversas considerações apresentadas pelos participantes. Assim, verifica-se que a participação popular é uma fase específica do *iter* procedimental acima descrito, embora, em Portugal, os indivíduos possam apresentar propostas durante toda a fase de confecção do projeto de plano.

Os planos locais e interlocais de urbanismo possuem "eficácia *plurisubjectiva*", pois, vinculam os indivíduos, as pessoas jurídicas de direito privado e de direito público e os Entes Públicos Territoriais. Esta vinculação dos atores públicos não se restringe à fixação de

limites, objetivos e estratégias que deverão ser incorporadas aos documentos inferiores, mas, apresenta impactos diretos sobre os bens públicos.

Um destes impactos pode ser encontrado nos instrumentos de urbanismo operacional decorrentes dos citados planos ou que objetivam realizar os seus objetivos. Estes instrumentos criam novas formas de aquisição de bens públicos e novos instrumentos de gestão destes bens. Em todos os casos, o poder discricionário dos Entes Públicos sobre estes bens é conformado pela disciplina jurídica do urbanismo. Embora existam exceções, *a priori*, as finalidades que levaram à aplicação dos citados instrumentos restringem os bens que poderão ser adquiridos, impedem que a finalidade/destinação que levou à aquisição do bem seja alterada e conforma os poderes de gestão sobre estes bens.

Não obstante estas semelhanças, verifica-se a diferença entre os instrumentos de urbanismo operacional de cada um dos sistemas jurídicos que compõem a matriz franco-portuguesa. No sistema francês, os instrumentos de urbanismo operacional estão prescritos ou decorrem diretamente dos principais documentos de urbanismo, como, por exemplo, o *Plan Local d'Urbanisme*.

Contudo, no sistema português, em regra, exige-se que as determinações do Plano Diretor de Urbanismo sejam densificadas nos planos inferiores – Planos de Urbanização e Planos de Pormenor. Assim, em Portugal, os citados instrumentos se encontram prescritos nestes planos inferiores, o que autoriza reconhecer estes planos como verdadeiros instrumentos de urbanismo operacional. Como se verá abaixo, esta característica do sistema português o aproxima da matriz ítalo-espanhola[240].

Ademais, com base em variados fundamentos, os sistemas jurídicos da matriz franco-portuguesa reconhecem que a afetação urbanística do solo impacta na destinação e na conformação das prerrogativas dos proprietários públicos. Apesar de os sobreditos textos jurídico-normativos prescreverem exceções, pode-se fixar a seguinte regra geral: as afetações concretas atribuídas pelos proprietários públicos aos seus bens devem ser consonantes à destinação urbanística da área em que este bem se localiza. Consequentemente, o aproveitamento dos bens públicos se sujeita às regras, procedimentos e às fiscalizações que são inerentes ao Direito Urbanístico.

A fixação destes elementos de síntese traça um cenário dos principais aspectos a serem investigados na matriz ítalo-espanhola. Estes aspectos serão abordados a seguir.

---

[240] PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 90.

1.2.2 Os impactos dos planos urbanísticos da matriz ítalo-espanhola sobre os imóveis e as ações públicas

A matriz ítalo-espanhola se caracteriza por um sistema de repartição de competências marcado pelo protagonismo dos Entes Territoriais Regionais. Assim, aos Entes Nacionais compete a edição de textos jurídico-normativos setoriais e de leis que definem as regras básicas do *Diritto Urbanistico/Derecho Urbanístico*: na Itália, a *Legge 17 de agosto de 1942, n. 1150*; na Espanha, as diversas versões da *Ley del Suelo*. Aos Entes Regionais compete a edição de textos jurídico-normativos setoriais e, também, a densificação das leis gerais sobre a disciplina jurídica do urbanismo. Por sua vez, os Entes locais e supralocais têm competência para densificar todos estes textos jurídico-normativos, adequando-os às suas especificidades.

Entretanto, os Estados e os Entes Territoriais Regionais não editaram todos os textos jurídico-normativos referentes à ordenação territorial, ou não o fizeram da forma adequada. Assim, os Entes Territoriais locais tiveram a sua competência ampliada. Dessa forma, a matriz ítalo-espanhola se caracteriza por um sistema pragmático de descentralização que privilegia a atuação dos planos urbanísticos locais e interlocais.

As matrizes franco-portuguesa e ítalo-espanhola se diferenciam em diversos aspectos, como, por exemplo, a prevalência que esta última confere aos Entes Territoriais Regionais. Todavia, elas se aproximam no que concerne ao reconhecimento de que os bens públicos se submetem às regras, determinações e previsões contidas nos planos.

A matriz ítalo-espanhola, também reconhece que os instrumentos de urbanismo operacional impactam os bens e as ações urbanísticas dos Entes Públicos Territoriais, o que denota a aproximação entre ambas as matrizes dos ordenamentos da Europa latina ocidental. Na Itália, esta afirmação pode ser ilustrada pelas desapropriações prescritas pelos *Piani Normativi* e *Attuativi*.

Outrossim, na Itália, conforme Filippo Salvia e Francesco Teresi[241], reconhece-se que, *a priori*, as determinações contidas nos planos urbanísticos incidem sobre todos os sujeitos – indivíduos, pessoas jurídicas de direito privado e público e aos Entes Públicos em geral. Dessa forma, a regra geral é que a afetação dos bens públicos deve estar em consonância à afetação

[241] SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Op. cit.*, p. 46-50.

urbanística do solo[242], conforme o princípio *lex specialis derogati generali* – lei especial se aplica no lugar da lei geral, quando verificada a situação de especialidade.

Porém, há situações em que a afetação de um bem público o sujeita a regras especiais e, às vezes, a formas específicas de planejamento – como é o caso dos bens ambientais. Assim, a questão da incidência da afetação urbanística é colocada em outros termos. Neste caso, está-se diante de dois regimes jurídicos especiais, o que impede a aplicação do sobredito axioma latino, sem eliminar a competência de as comunas definirem as destinações urbanísticas do seu território.

A solução para casos desta espécie, segundo a Corte Constitucional, perpassa a coordenação dialética destes regramentos especiais, como fixado nas próprias leis definidoras destes regimes jurídicos especiais ou em acordos *ad hoc* entre os diversos Entes Públicos Territoriais. Assim, de um lado, os *Piani Regolatori Generali* devem incorporar as regras do regime especial decorrente da afetação realizada pelo proprietário público – por exemplo, o Estado ou a Região. Isto denota que o regime especial "*non annulla quindi i poteri dell'autorità urbanistica ma li limita drasticamente*"[243]. Lado outro, esta limitação drástica não exonera os citados proprietários públicos de obedecerem a algumas determinações contidas nos documentos urbanísticos locais ou de buscarem alternativas para harmonizar a afetação concreta do bem público aos planos comunais[244].

Neste sentido, Aldo M. Sandulli[245] afirmou que os bens que fazem parte do *demanio pubblico* e os *beni patrimoniali indisponibili* do Estado devem respeitar as regras do *Regolamento Edilizio* sobre altura das edificações e sobre a distância entre elas. Segundo ele, este dever de obediência pode ser extraído do *Codice Civile* que, no artigo 869, prescreve que todos os proprietários devem obedecer aos *Piani Regolatori* comunais em todas as atividades de construção ou reforma de edificações. Ademais, o artigo 873 prescreve que as construções devem manter uma distância mínima de três metros entre si, o que pode ser majorado pelos textos jurídico-normativos comunais. Enfim, as exceções à aplicação dos textos jurídico-

---

[242] Dessa forma, *a priori*, os planos conformariam as prerrogativas proprietárias dos Entes Públicos Territoriais, independentemente de os bens pertencerem ao *demanio pubblico* ou se caracterizarem como bens patrimoniais. Esta afirmação, conforme Perlingieri encontra seu fundamento no artigo 41 da Constituição, que autoriza a criação de planos e outros documentos que além da função de indicação, também apresentam um caráter imperativo que impacta nas formas de alienação e uso do bem. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 164.)

[243] Em uma tradução livre: "não anula, portanto, os poderes da autoridade urbanística, mas os limita drasticamente".

[244] ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 175, anno 1976*, giudizio per confliti di attribuzione tra enti. Ricorrente: Ministro per l'agricoltura e le foreste. Ricorso: Comune di Sabaudia. Presidente e Redattore: Paolo Rossi. Roma, 12 de julho de 1976. Disponível em: <http://www.corte costituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 13 maio 2016.

[245] SANDULLI, Aldo M. *Scritti giuridici*: VI – diritto urbanístico. Napoli: Jovene editore, 1990. P. 552-560.

normativos locais e das regras gerais da propriedade imóvel são explícitas, como ilustra o artigo 879, que prescreve que aos bens do *demanio pubblico* e aos *beni patrimoniali indisponibili* não se aplicam o regime da comunhão forçada dos muros divisórios.

Estes parâmetros podem ser comprovados pelo *Testo unico sull'edilizia*. Conforme o artigo 7, algumas obras e intervenções públicas de todos os Entes Públicos Territoriais se sujeitam a um processo de licenciamento urbanístico diverso daquele aplicável às construções particulares. Este é o caso das obras públicas das comunas que, embora não previstas nos planos urbanísticos, foram objetos de decisão de validação de seu projeto tomada pelos órgãos de deliberação comunais.

Outra hipótese, abarca o caso das obras e intervenções cuja realização exige a celebração de "*accordi di programma*" – acordos ou contratos de programa – entre diversos Entes Públicos. Estes contratos exigem o consenso unânime de todas as partes – inclusive da comuna interessada. Eles equivalem à declaração de utilidade pública da intervenção e garantem o acesso a meios especiais de financiamento e submetem a obra ou a intervenção ao regime de urgência.

Enfim, uma terceira possibilidade se refere às obras estatais ou que serão realizadas em áreas que fazem parte do *demanio pubblico* ou dos *beni patrimoniali indisponibili* do Estado, executadas por Entes Públicos competentes ou por concessionários de serviço público[246]. Nestes casos, as obras devem ser antecedidas da expedição de documento que comprovem a sua conformidade com as prescrições urbanísticas e edilícias aplicáveis.

Em todos estes casos se reconhece que os procedimentos de deliberação que antecederam a decisão acerca da realização da obra inseriram uma modificação nos planos urbanísticos. Assim, conforme os artigos 14 e 63, do citado *Testo unico*, com exceção das regras técnicas de construção, a sobredita decisão tem o poder de derrogar os planos urbanísticos em todos os aspectos em que eles a contrariem[247]. Dessa forma, observa-se que estas hipóteses se aproximam do modelo de ratificação vigente no sistema português.

Ademais, outra especificidade deste procedimento especial pode ser encontrada na fiscalização das obras e intervenções urbanísticas públicas. Conforme os artigos 27, 28 e 35, do

[246] Conforme o artigo 8, não se incluem neste regime especial as intervenções edilícias realizadas por particulares em áreas que fazem parte do *demanio pubblico*.

[247] Esta possibilidade de derrogação, segundo Valeria Mazzarelli, reflete a tendência de que as maiores obras públicas do Estado não se localizem nas áreas previstas pelos planos urbanísticos locais. Neste caso, segundo a autora, criam-se diversos mecanismos que objetivam assegurar que a obra seja instalada no local previsto pelo Estado, em detrimento das indicações de localização prescritas, originalmente, nos planos comunais. (MAZZARELLI, Valeria. Modelli codificati di uso del território. In: MAZZARELLI, Valeria (Org.). *Fondamenti di diritto urbanístico*. Roma: La Nuova Italia Scientífica, 1996. p. 124-125.)

mencionado *Testo unico*, apesar destas operações se submeterem ao poder de polícia comunal, os agentes públicos locais não podem determinar a demolição das obras. Nestes casos, eles devem impedir a continuidade das operações – por exemplo, interditar as obras – e notificar o Ente Público responsável pela citada intervenção para que este aplique as sanções cabíveis.

Enfim, outro meio de coordenação entre os diversos Entes Públicos pode ser encontrado no regime jurídico dos bens do *demanio pubblico* afetados para fins militares, nos termos prescritos pelo *Codice dell'ordinamento militare* – Código Militar. Conforme os artigos 352 e 353 deste código, as obras destinadas para fins de defesa nacional não se submetem às regras sobre localização de equipamentos e serviços públicos dos *Piani Regolatori Generali*.

Todavia, esta supremacia não é absoluta. Segundo o artigo 322 do citado código, constituir-se-ão Comitês paritários que reunirão representantes militares e dos Entes Públicos Territoriais. Estes Comitês têm a função de examinar e de apresentar alternativas capazes de harmonizar os planos territoriais e de desenvolvimento econômico e social com os programas de instalação militares. Dessa forma, cria-se uma estrutura administrativa específica responsável por tentar coordenar estas diversas funções públicas.

Assim, de um lado, os artigos 14 e 63, do *Testo unico sull'edilizia*, flexibilizam a regra geral que fixa a relação compatibilidade ou conformidade entre as obras públicas dos demais Entes Territoriais e os planos urbanísticos locais, nos termos expostos por Nicola Assini e Pierluigi Mantini. Lado outro, as hipóteses previstas pelo *Codice dell'ordinamento militare* podem, em casos extremos, representar uma exceção à sobredita regra geral, por exemplo, quando se mostre impossível realizar a sobredita coordenação das diversas funções públicas.

Todavia, para os últimos autores mencionados, as possibilidades de derrogação dos planos que constam no *Testo unico* e a coordenação das várias funções públicas nos termos do *Codice dell'ordinamento militare* apontam uma nova tendência. Para os autores, verificam-se esforços legislativos, jurisprudenciais, administrativos e doutrinários de se estabelecerem mecanismos que possibilitem a coordenação entre os diversos Entes Territoriais. Dessa forma, espraiam-se alguns elementos constantes dos citados textos jurídico-normativos para as diversas obras e intervenções públicas sem caráter militar.

Um exemplo desta tendência se encontra nas Conferências de Serviços e similares, previstas em diversas leis especiais. Elas reúnem os diversos Entes Públicos Territoriais e demais atores públicos envolvidos e têm a função de analisar o projeto da obra face aos planos urbanísticos e inserir alterações no projeto que salvaguardem os objetivos presentes nos citados documentos de urbanismo. Dessa forma, se todos os participantes concordarem com as citadas

alterações, o projeto é aprovado, o que dispensa o procedimento de licenciamento urbanístico e, ao mesmo tempo, impede que o responsável pela obra pública altere o projeto aprovado[248].

No sistema jurídico espanhol também se encontrarão impactos semelhantes àqueles apontados acima, acerca do ordenamento italiano. Entretanto, em razão da nova orientação legislativa espanhola, compete às leis de cada uma das Comunidades Autônomas e às leis setoriais estatais a regulação da incidência dos planos sobre os bens públicos. Dessa forma, a exposição a seguir reunirá indicações e ilustrações da atual *Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana* e também alguns apontamentos do Real Decreto Legislativo de 1992. Afinal, parte das regras deste último texto jurídico-normativo foram incorporadas pelas legislações regionais.

Neste sentido, na Espanha, também se reconhece que os instrumentos de urbanismo operacional impactam os bens públicos e as ações urbanísticas dos Entes Públicos. O *Real Decreto Legislativo n. 1/1992, de 26 de junio*, prescrevia que os planos urbanísticos operacionais definiam o dever de se realizarem desapropriações para a execução de intervenções urbanísticas. Neste sentido, o artigo 142 prescrevia que a execução do planejamento urbano exigia a aprovação dos planos mais detalhados, conforme a classe do solo. Entretanto, este dever era afastado nos casos do solo urbano, desde que os *Planes Generales Municipales de Ordenación* contivessem determinações detalhadas que fossem suficientes para a realização das intervenções programadas.

Em sentido semelhante, os números 2 e 3, do artigo 42, do Real Decreto de 2015, prescrevem que os planos urbanísticos em geral poderão demarcar áreas e declará-las de utilidade pública. Dessa forma, esta declaração legislativa possibilitará que, no futuro, as áreas demarcadas sejam desapropriadas e destinadas para a realização de obras e intervenções que concretizem faticamente os objetivos constantes dos citados planos[249].

---

[248] Esta tendência tem, ainda, outra consequência. O sistema italiano reconhece a hipótese de o Presidente da República impor a realização de uma obra, mesmo que em detrimento dos planos urbanísticos e de ordenação do território, mediante justificativa de que a intervenção é fundamental ao Estado. Todavia, a criação dos citados mecanismos de concertação torna estes poderes excepcionalíssimos, o que exige que o Presidente apresente uma fundamentação consistente sobre a necessidade das mencionadas obras. (ASSINI, Nicola; MANTINI, Pierluigi. *Manuale di diritto urbanistico*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997. p. 787-794.)

[249] Conforme Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a inserção da desapropriação como um dos instrumentos do *Derecho Urbanístico* teve como um de seus principais efeitos a alteração radical do regime jurídico unitário das desapropriações. Afinal, as leis urbanísticas passaram a definir diversos aspectos que são fundamentais na definição e aplicação deste intrumento. Por exemplo, inseriram-se novos elementos procedimentais, principalmente nos casos relacionados à desapropriação de grandes áreas. Ademais, inseriram-se novos elementos e discussões que auxiliaram na forma de cálculo das indenizações, ou, até mesmo, modificaram a forma de definir o valor destas reparações pecuniárias – de forma a impedir que neste montante se incorporassem parcelas de natureza especulativa. Dessa forma, este regime jurídico unitário perdeu a sua centralidade e passou a desempenhar o papel secundário de preenchimento das lacunas das leis urbanísticas, em casos concretos.

Segundo os autores, além da função de possibilitar a execução dos planos e a realização das grandes operações urbanísticas programadas nestes documentos, as *expropriaciones urbanísticas* – desapropriações urbanísticas

Ademais, o sistema espanhol também reconhece que a afetação urbanística do solo impacta na afetação dos bens públicos, já que esta, *a priori*, deve estar em consonância à primeira[250]. Esta afirmação também pode ser comprovada pelo artigo 42, do Real Decreto de 2015, que, como se viu acima, refere-se às desapropriações de áreas demarcadas para a realização das intervenções prescritas pelos planos urbanísticos. O número 4, do citado artigo, trata da seguinte hipótese: a existência de bens do domínio público de qualquer Ente Público Territorial localizados nas sobreditas áreas demarcadas e afetados a uma finalidade pública contrária à afetação urbanística atribuída pelos planos. Neste caso, o artigo prescreve que se deverá realizar a desafetação do bem ou, então, a alteração de sua afetação para que esta se adeque às determinações do plano urbanístico[251].

Outrossim, o artigo 244, do Real Decreto Legislativo de 1992 prescrevia que os Entes Públicos Territoriais – Estado e Comunidades Autônomas – e as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas por eles se submetem à fiscalização urbanística municipal. Ademais, as intervenções urbanísticas em geral, as construções, as demolições, as reformas e as modificações de uso dos bens públicos realizadas pelos mencionados sujeitos deviam se submeter às regras urbanísticas locais e ao procedimento de licenciamento urbanístico municipal[252]. Além disso, o número 3, do artigo 243, prescrevia que os Municípios podiam denegar a outorga das citadas licenças se as obras ou intervenções pudessem causar riscos ou prejudicar a recuperação dos bens públicos.

O Real Decreto Legislativo de 2015 não contém regras de semelhante teor, afinal, esta matéria é reservada à competência legislativa das Comunidades Autônomas, que podem, *a priori*, inserir mecanismos semelhantes àqueles encontrados no sistema italiano[253]. Não

– desempenham outras funções. Elas se tornaram instrumentos de recuperação do mais valor urbano e de execução de operações isoladas – como, por exemplo, a construção de um edifício público destinado ao funcionamento de uma escola. Elas também foram empregadas na constituição do "*Patrimonio Municipal del Suelo*" – isto é, "Patrimônio Municipal do Solo" – que será analisado adiante. Enfim, elas também foram utilizadas como instrumentos voltados a garantir o cumprimento da função social dos imóveis particulares. (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. v. 2. p. 308-318.)

[250] LEÓN, José María Baño. *Derecho urbanístico común*. Madrid: Iustel, 2009. p. 461-463.

[251] Esta mesma determinação constava do artigo 210, do Real Decreto Legislativo de 1992.

[252] Afinal, no sistema espanhol há uma expressa vinculação entre os aproveitamentos e usos urbanísticos: "a programação feita pelos planos urbanísticos e a execução das obras de urbanização". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 91.) Neste sentido, Ramón Parada afirma que as modificações ou revisões dos planos podiam impactar os edifícios públicos já construídos e em funcionamento, pois, nestes casos, a ampliação das construções fica submetida ao novo regramento. Esta limitação, contudo, não impedia que se realizassem pequenas obras para conservação ou reparo do edifício. (PARADA, Ramón. *Derecho urbanístico...*, p. 241.)

[253] Neste sentido, tem-se desenvolvido no sistema espanhol mecanismos de concertação semelhantes àqueles encontrados no sistema italiano. Neste sentido insere-se o dever de os Municípios notificarem os demais Entes Públicos sobre a elaboração de planos que afetem os bens pertencentes aos demais Entes Públicos Territoriais, o que possibilitava que estes Entes Públicos impugnem as regras contidas nos planos. (LEÓN, José María Baño. *Op. cit.*, p. 468.)

obstante esta possibilidade, o citado texto jurídico-normativo fornece indicações de que estas orientações continuam em vigor, pois ele reproduz as exceções às sobreditas regras que constavam dos números 2 e 3, do artigo 244, do Real Decreto Legislativo de 1992.

A existência destas ressalvas denota que a regra do número 4, do artigo 42, do Real Decreto Legislativo de 2015, e a submissão das ações urbanísticas dos citados sujeitos ao licenciamento urbanístico apresentam um caráter relativo. Isto é, em regra, os bens do domínio público do Estado, das Comunidades Autônomas e das demais pessoas jurídicas criadas por eles têm o dever de atender àquelas regras, mas, este dever não é inarredável. Afinal, em situações excepcionais – ligadas às competências destes Entes Públicos Territoriais – e desde que se observem as devidas regras procedimentais, o citado dever pode ser afastado[254].

Este é o caso da décima disposição adicional do Real Decreto em vigor[255]. Ele se refere aos casos de atos da Administração Pública do Estado que exigem prévia intervenção municipal, mas que por razões de urgência ou excepcionalidade não podem aguardá-la.

Nesta hipótese, o projeto será iniciado e se requererá ao Município que, em um mês, manifeste-se sobre a sua conformidade ou não com a ordenação urbanística. Se o projeto for desconforme, ele será enviado à Comunidade Autônoma que deverá se manifestar em um mês. Então, estas manifestações e o projeto serão apreciados pelo Conselho de Ministros que decidirá sobre a execução do projeto e, nesta hipótese, determinará a alteração do plano urbanístico, segundo as regras da Comunidade Autônoma.

Todavia, o Município poderá suspender as obras antes da decisão do Conselho de Ministros, desde que elas sejam executadas antes da notificação do Município ou no caso de o Município ter apontado a desconformidade da obra ou intervenção. Neste caso, o Município informará o órgão responsável pelo projeto e ao Ministro responsável em matéria de solo e habitação sobre os efeitos da suspensão. Estas regras, contudo, não se aplicam às intervenções diretamente vinculadas à defesa nacional, pois, neste caso a suspensão depende da aceitação do Conselho de Ministros.

A excepcionalidade dos bens afetados à defesa nacional, ao Ministério da defesa e ao uso das Forças Armadas está em consonância à segunda disposição adicional do Real Decreto Legislativo de 2015. Esta disposição adicional prescreve que a incidência dos planos

---

[254] O citado dever de observância aplica-se totalmente aos Municípios, sem as possibilidades de flexibilização apresentadas. Afinal, caso seja necessário atribuir a um bem municipal uma afetação não autorizada pelos planos, os Municípios podem alterar o documento urbanístico para admitir este novo uso. (*Ibid*., p. 461-470.)

[255] Conforme se verá, percebe-se que a décima disposição adicional do Real Decreto Legislativo de 2015 reúne influências da matriz franco-portuguesa: os *projets d'intérêt général* e as *opérations d'intérêt national* francesas e o dever de consideração invertido do sistema português.

urbanísticos sobre os citados bens depende da prévia aceitação do Estado. Ela prescreve, também, que os citados bens estão vinculados à realização dos fins específicos prescritos nas leis especiais que regulam esta matéria, o que representa a adoção do já mencionado princípio hermenêutico: *lex specialis derogati generali*[256].

Enfim, o ordenamento jurídico espanhol contém outro elemento importante que denota o impacto do *Derecho Urbanístico* sobre o regime jurídico dos bens públicos municipais: o "*Patrimonio Municipal del Suelo*" – "Patrimônio Municipal do Solo". Conforme os artigos 51 e 52, do *Real Decreto Legislativo n. 7/2015, de 30 de octubre*[257], o "*Patrimonio Municipal del Suelo*" é um conjunto de imóveis separado dos demais bens municipais. Ele é composto, principalmente, por bens patrimoniais municipais classificados pelos planos como solo urbano ou como solo urbanizável programado e por imóveis não-urbanizáveis ou urbanizáveis não-programadas adquiridos pelos municípios para se integrarem neste patrimônio[258]. Além destes bens, este patrimônio também é composto por imóveis transferidos aos municípios em razão da lei e por bens adquiridos por meio de desapropriações urbanísticas e do direito de preempção.

Conforme Ramón Parada[259], os bens que integram o "*Patrimonio Municipal del Suelo*" se sujeitam a um regime jurídico especial, diverso dos bens do domínio público e dos bens patrimoniais. Entre as especificidades deste regime jurídico está a sua destinação a usos de interesse social vinculados à realização do direito à cidade. Por exemplo: a construção de habitações populares ou habitações sujeitas a alguma espécie de proteção pública; a proteção e melhoria dos espaços naturais ou do patrimônio cultural imobiliário; e medidas de caráter socioeconômico vinculadas à regeneração urbana[260]. Ademais, outra especificidade se encontra

---

[256] Em consonância a este princípio hermenêutico, Ramón Parada cita outra exceção vigente no regime do Real Decreto Legislativo de 1992, mas que ainda se mantém na atual versão da *Ley del Suelo*. Segundo ele, leis especiais podem prescrever que determinadas obras – do Estado ou das Comunidades Autônomas, por exemplo – estão excluídas da necessidade de observar os procedimentos de licenciamento urbanístico municipal. (PARADA, Ramón. *Derecho urbanístico...*, p. 241.)

[257] Determinações similares se encontravam nos artigos 276 a 286, do *Real Decreto Legislativo n. 1/1992, de 26 de junio*. Porém, diversamente, da atual *Ley del Suelo*, o texto revogado prescrevia de forma exaustiva aspectos relacionados à gestão destes bens, o que contrariava a autonomia dos demais Entes Públicos Territoriais, segundo decidiu a Corte Constitucional nas *Sentencias Constitucionales n. 61/1997* e *n. 164/2001*.

[258] Para José María Baño León, o sistema jurídico espanhol estabelece um sistema dualista dos bens públicos patrimoniais, segundo a sua titularidade. Aqueles pertencentes aos Municípios integrarão o "*Patrimonio Municipal del Suelo*". Os bens públicos patrimoniais pertencentes aos demais Entes Públicos Territoriais constituem o patrimônio disponível ou indisponível destes Entes e conferem aos seus proprietários os mesmos direitos e deveres urbanísticos dos proprietários privados. (LEÓN, José María Baño. *Op. cit.*, p. 460.)

[259] Conforme o autor, o surgimento do "*Patrimonio Municipal del Suelo*" se vincula ao controle do mercado fundiário urbano, notadamente em razão do aumento dos preços do solo provocados pela *Ley del Suelo* de 1956. (PARADA, Ramón. *Derecho urbanístico...*, p. 188-192.)

[260] Verifica-se, assim, que o "*Patrimonio Municipal del Suelo*" e a vinculação dos bens que o compõem encontra pontos de contato com os artigos 64 e 65, da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, que inovaram o sistema jurídico brasileiro. Os citados artigos vincularam os imóveis vagos arrecadados pelos Municípios à realização

na destinação dos recursos provenientes da alienação destes bens, pois, estes recursos devem ser empregados na conservação e na ampliação deste conjunto patrimonial, de forma a garantir recursos para o atendimento das citadas finalidades[261].

A realização de edificações ou a urbanização destes imóveis podem ser realizadas diretamente pelo Ente Territorial local, ou podem ser transferidos a outros Entes Públicos, de forma gratuita ou onerosa. Eles também podem ser transferidos para pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Nesta última hipótese, poder-se-ão transferir a propriedade do bem, ou somente direitos de uso privativo, mediante diversos instrumentos jurídicos, como, por exemplo, o direito de superfície.

Em todos os casos, porém, os bens devem ser empregados para os fins de interesse social acima mencionados e devem ser efetivamente utilizados nas condições e prazos fixados pelos títulos jurídicos que transferirem a propriedade ou o direito de uso privativo do bem. Para evitar quaisquer dúvidas e garantir a exigibilidade de todos estes elementos, os sobreditos títulos jurídicos deverão ser registrados nos cartórios de registro imobiliário. Dessa forma, estes bens podem ser alienados a terceiros ou ingressarem no domínio público do município ou dos demais Entes Públicos Territoriais, o que significa que eles se apresentam como mecanismos de realização de políticas públicas[262].

Encerrada a descrição dos impactos dos planos na matriz ítalo-espanhola sobre os imóveis e as ações públicas, completa-se a análise dos sistemas da Europa latina ocidental. Os dados e orientações obtidos nestas investigações permitem a análise do sistema brasileiro para verificar se os impactos identificados também estão presentes neste ordenamento jurídico.

1.2.3 O planejamento urbano local no ordenamento jurídico brasileiro e os impactos dos documentos locais de urbanismo sobre os imóveis e ações públicas

A análise das duas matrizes da Europa latina ocidental permite fixar alguns elementos que as sintetizam. Em linhas gerais, segundo Victor Carvalho Pinto, vê-se que "os planos de menor abrangência territorial são mais detalhados que os de maior abrangência,

---

do direito à cidade, pois eles se destinarão, "prioritariamente" para: "programas habitacionais"; "prestação de serviços públicos"; e "fomento" à regularização fundiária de interesse social.

[261] José María Baño Léon considera estes dois elementos como os principais caracterizadores do *Patrimonio Municipal del Suelo*. (LEÓN, José María Baño. *Op. cit.*, p. 473.)

[262] *Ibid*., p. 480-481.

devendo respeitar as diretrizes por estes estabelecidas". Como se viu, esta adequação decorre de "fórmulas legais" – conformidade, compatibilidade ou consideração – e de mecanismos procedimentais, que criam um sistema hierarquizado que harmoniza e articula os diversos documentos que incidem sobre o mesmo território[263].

No que concerne ao planejamento urbano, verifica-se que o sistema francês não prevê a necessidade de se criarem planos detalhados inferiores ao *Plan Local d'Urbanisme*, o que confere a este último documento um elevado grau de operacionalidade. Embora os demais sistemas jurídicos prescrevam diversos documentos inferiores ao plano local, há a tendência de se conferir maior operacionalidade ao plano diretor português, ao *piano regolatore generale* italiano e ao *plan general municipal de ordenación* espanhol. Dessa forma, pode-se reconhecer uma tendência à aproximação de todos os sistemas jurídicos citados, o que objetiva desburocratizar o sistema de planejamento urbano.

Ademais, apesar das variações e do maior ou menor poder dos Entes Territoriais Nacionais ou Regionais interferirem diretamente sobre o planejamento local, tem-se que os procedimentos de elaboração, avaliação, revisão e modificação dos planos seguem orientações próximas. As diversas espécies de planos, os seus regimes jurídicos, as regras de elaboração, revisão e alteração, os mecanismos de articulação/harmonização e a importância atribuída à participação popular constam, com maior ou menor precisão, nas leis urbanísticas nacionais e/ou regionais.

Assim, pode-se afirmar que a Europa latina ocidental adota o princípio da "tipicidade dos planos". Em síntese, este princípio impede que se criem planos não previstos nas citadas leis urbanísticas e, em alguns casos, como na França, estabelece-se, até mesmo, o conteúdo formal dos documentos e a forma de exposição de seus conteúdos materiais.

No que concerne aos impactos sobre os bens e ações públicas, vê-se que os planos urbanísticos apresentam efeitos variados. Em regra, eles afetam as várias partes do território urbano e, isto reflete na afetação concreta que cada proprietário público pode atribuir aos seus bens. Além disso, os planos – nacionais, regionais ou locais – prescrevem ou fornecem mecanismos para que se instalem as redes de infraestrutura, serviços e equipamentos públicos. Dessa forma, estas regras de localização vinculam, ainda que em graus distintos, as ações urbanísticas dos demais Entes Públicos Territoriais.

Esta última afirmação pode ser comprovada, por exemplo, pelos mecanismos de urbanismo operacional e pela indicação de bens que serão desapropriados para execução das

[263] PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 86-87 e 89-91.

intervenções programadas. Outrossim, ainda que apresente variações de um ordenamento para outro, os proprietários públicos também se submetem à fiscalização e ao procedimento de licenciamento urbanístico, os quais incorporam elementos dos planos locais de urbanismo. Não obstante, na França, por exemplo, os projetos de interesse geral criados pelo Estado devam ser respeitados pelos planos urbanísticos criados pelas entidades públicas territoriais, nos termos dos artigos L. 143-25 et 153-25, do Código de Urbanismo – isto é, os projetos de interese geral são oponíveis aos documentos locais de urbanismo.

A sobredita síntese fornece elementos a partir dos quais se pode analisar o ordenamento brasileiro, caracterizado por inúmeros problemas decorrentes da falta de sistematicidade do processo de planejamento territorial em geral, e do planejamento urbano, em específico. Todavia, este exame não pode se orientar pela mera transposição de elementos das matrizes da Europa latina ocidental à realidade do Brasil. Afinal, as especificidades brasileiras decorrentes do regime federativo, da repartição constitucional de competências e do próprio Direito Urbanístico nacional exigem que se busquem alternativas e adaptações que se adequem a estas peculiaridades[264].

A doutrina e a jurisprudência privilegiam os impactos do Direito Urbanístico sobre os bens privados e sobre as prerrogativas proprietárias particulares[265]. Assim, desconsidera-se que a "realização" do direito à cidade "relaciona-se" diretamente às diversas políticas e ações públicas com impacto territorial e à gestão dos bens públicos[266]. Todavia, as considerações acima fornecem elementos que permitem examinar os impactos dos planos diretores e das demais leis urbanísticas municipais sobre estes elementos desconsiderados. Assim, em consonância à forma de exposição adotada para os sistemas da Europa latina ocidental, estes impactos podem ser reunidos em três grupos principais.

O primeiro grupo se refere à submissão dos Entes Públicos – e, por decorrência, os seus bens – aos planos diretores, o que se liga à sua natureza jurídica e encontra fundamentos constitucionais nos *capita* dos artigos 37 e 174 e no §2º, do artigo 182. Os planos diretores são leis e, por esta razão, vinculam o comportamento das pessoas jurídicas de direito privado e dos indivíduos. Afinal, no sistema jurídico brasileiro, conforme prescreve o inciso II, do artigo 5º,

---

[264] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização fundiária urbana de interesse social:* a coordenação entre as políticas de urbanismo e de habitação social no Brasil a luz de experiências do direito francês. 2014. Tese (doutorado em cotutela em Direito da Cidade e em Droit Public et Fiscal). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Faculté de Droit de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Rio de Janeiro/Paris. 2014. p. 325.

[265] SAULE JÚNIOR, Nelson. Capítulo III: do plano diretor. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 255-256.

[266] DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Op. cit.*, p. 61.

da Constituição, os indivíduos poderão fazer tudo o que não seja vedada pela lei e eles somente são obrigados a se comportar de dada forma se a lei, expressamente, prescrever esta conduta.

Todavia, o efeito do princípio da legalidade, no Direito Público brasileiro, não tem o sentido negativo contido no sobredito inciso II, do artigo 5º. Conforme o *caput* do artigo 37, da Constituição, a "administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" obedecerá ao princípio da legalidade. Dessa forma, a legalidade apresenta um sentido positivo que prescreve que, os Entes Públicos somente podem agir nos exatos termos prescritos pela lei[267].

Assim, se o plano diretor é uma lei, todos os Entes Públicos – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – devem se submeter a ele. Não importa que o plano diretor seja uma lei municipal, pois, o citado artigo 37 não faz distinções entre os sujeitos públicos que exararam a lei que vinculará os demais[268]. Assim, o que se extrai da Constituição é que se as regras e determinações do plano diretor são válidas[269], elas se impõem a todos os sujeitos de direito, independentemente da natureza de sua personalidade jurídica[270].

Esta mesma ilação pode ser construída a partir do *caput* do artigo 174. Este prescreve que, entre as competências relacionadas à regulação econômica, está o "planejamento" que é "determinante para o setor público e indicativo para o setor privado"[271]. Ademais, o artigo 174, da Constituição, está inserido no Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica –, do Título VII – Da ordem econômica e financeira – e, portanto, prescreve regras e princípios aplicáveis a todos os demais Capítulos constantes do mencionado Título. Este é o caso do Capítulo II – Da política urbana – que, como se viu, prescreve, no §1º, do artigo 182, que o plano diretor é o "instrumento básico" da citada política pública. Assim, o plano diretor é, ao mesmo tempo, a expressão mais completa e o produto do processo de

---

[267] Hodiernamente, porém, este princípio sofreu uma ampliação e passou a ser compreendido como princípio da juridicidade, em razão do reconhecimento da normatividade da Constituição, dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos. Assim, em algumas hipóteses, admite-se que os Entes Públicos não apliquem uma lei, por reconhece-la abstratamente inconstitucional, ou inadequada a um dado caso concreto – por exemplo, se a sua aplicação violar um direito fundamental. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 323-326; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 23-24, 41, 43, 46, 57, 62; LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 129; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 8, 9 e 11.)

[268] DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Op. cit.*, p. 62.

[269] Por exemplo, se elas obedeceram ao procedimento formal para sua elaboração e aprovação e se elas não maculam a autonomia dos demais Entes Federados mediante usurpação de suas competências.

[270] Assim, se o principal efeito de o Direito brasileiro atribuir aos planos diretores a natureza jurídica de lei é a determinação da conduta dos indivíduos e das pessoas jurídicas de direito privado, tem-se, como efeito secundário, a subordinação da gestão dos bens públicos urbanos às regras do plano diretor. (MAZZARELLI, Valeria. *Op. cit.*, p. 108.)

[271] Neste caso a expressão "setor privado" designa os agentes privados de mercado, enquanto a expressão "setor público" se refere às pessoas jurídicas de direito público.

planejamento urbano[272], o que o torna imperativo para a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios e as demais pessoas jurídicas de direito público[273].

Por sua vez, o §2º, do artigo 182, prescreve que a "propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Vê-se que o citado §2º não faz distinções entre a propriedade privada e a propriedade pública e, no que concerne a esta última, não restringe a sua aplicabilidade aos bens dos Municípios. Assim, pode-se afirmar que os bens públicos urbanos – independentemente, de sua titularidade – submetem-se às regras, às determinações, aos índices e aos parâmetros definidores da função social da propriedade, os quais estão contidos no plano diretor[274].

Além destes fundamentos constitucionais, a afirmação de que os Entes Públicos e os seus bens devem se submeter ao plano diretor encontra sustentação no Estatuto da Cidade. Estes fundamentos infraconstitucionais podem ser encontrados, por exemplo, no parágrafo único, do artigo 1º, e no artigo 39, ambos do mencionado Estatuto.

Conforme o parágrafo único do artigo 1º, o Estatuto prescreve regras de "ordem pública", isto é, regras cogentes que se impõem à vontade dos destinatários, independentemente da personalidade jurídica deles[275]. Entre elas estão as regras que prescrevem o delineamento jurídico do plano diretor, como, por exemplo, o artigo 39 que reproduz o §2º, do artigo 182, da Constituição. Este artigo atribui ao plano diretor o dever de atender às "necessidades dos cidadãos" no que concerne "à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas", em consonância ao direito à cidade.

Dessa forma, todas as pessoas jurídicas de direito público – e, consequentemente, os seus bens – devem atender às regras de ordenação espacial contidas no plano diretor, pois, somente assim, a propriedade pública cumprirá sua função social[276]. Neste sentido, o inciso II, do artigo 1º, da Resolução n. 34, de 01 de julho de 2005, do Conselho das Cidades, prescreve que o conteúdo mínimo do Plano Diretor engloba "as ações e medidas para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, tanto privada como pública".

Em consonância aos sistemas da Europa latina ocidental, no Brasil, a afetação urbanística do solo, realizada pelo plano diretor, conforma as possibilidades de afetação concreta que os Entes Públicos podem atribuir aos seus bens. Isto é, *a priori* e *in abstracto*, os

---

[272] Esta afirmação também pode ser comprovada pelo §1º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade, que prescreve que o "plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal".
[273] DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Op. cit.*, p. 62.
[274] *Ibid*., p. 63.
[275] SAULE JÚNIOR, Nelson. *Capítulo III...*, p. 256.
[276] LUFT, Rosângela Marina. *Políticas públicas urbanas*: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169.

bens públicos podem ser empregados conforme as várias destinações públicas possíveis e admitidas. No entanto, a afetação urbanística do solo exclui alguns destes usos, abstramente considerados, ou determina que um único uso é possível, o que conforma as prerrogativas públicas sobre estes bens[277], entre as quais está a prerrogativa de atribuir uma afetação concreta ao imóvel.

Dessa forma, se o plano diretor prescreve que uma área do território municipal se destinará à instalação de uma zona industrial, incompatível com a proximidade de habitações, os bens federais e estaduais situados nesta área não poderão se destinar para fins habitacionais. Neste caso, a União, o Estado-membro e o Município devem concertar os interesses que estão sob suas tutelas. Uma hipótese de solução é o Município modificar a afetação da área, para que ela se torne uma zona residencial ou para que ela se destine à instalação de indústrias compatíveis com a proximidade de residências. Outra hipótese é a União e o Estado-membro transferirem ao Município os seus bens localizados nesta área ou permutá-los por bens municipais situados em outras zonas. Nestes últimos casos, o Município poderá destinar os imóveis transferidos para fins industriais e a União e o Estado-membro poderão destinar os bens recebidos em permuta à instalação de habitações[278].

Assim, estas ilustrações denotam que as competências discricionárias relativas à realização e à localização de obras e intervenções públicas – notadamente aquelas realizadas pelos Municípios – também são conformadas pelos planos urbanísticos e setoriais[279]. Ainda

---

[277] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 134-135. Esta afirmação pode ser ilustrada pelo parágrafo único, do artigo 1277, e pelo artigo 1278, ambos do Código Civil. A primeira regra prescreve que o uso normal da propriedade é determinado pelas leis urbanísticas municipais que prescrevem o zoneamento, o uso e a ocupação do solo, garantindo-se aos prejudicados o direito de "fazer cessar" os usos anormais. Neste sentido, pode-se reconhecer que a conclusão de Ronald H. Coase sobre o direito inglês, também se aplica ao direito brasileiro, pois, de fato, "a peculiaridade da localidade é relevante como critério para definir se algo constitui, ou não, um dano".
No entanto, no que concerne às intervenções públicas, a sobredita garantia é relativizada pelo artigo 1278, que prescreve que estas intervenções deverão ser toleradas, assegurando-se aos prejudicados o direito de serem reparados pelos danos sofridos. Esta relativização não impede que se aplique ao caso das intervenções públicas a sobredita conclusão de Coase, pois, a localização da intervenção determinará se ela deve ser tolerada e o valor devido a título de indenização. Afinal, uma intervenção pública que contrarie o plano diretor fornece fortes indícios de que não atende ao interesse público urbanístico. Ademais, a citada relativização também não exonera os Entes Públicos de obedecerem às demais leis urbanísticas, como, por exemplo, aquelas que prescrevem o processo de licenciamento. (COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 83.)

[278] Neste caso, embora a Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, tenha criado a demarcação de imóveis urbanos federais para fins de regularização fundiária de interesse social, a União, ao aplicar este instrumento, deve observar a afetação urbanística do solo. Não obstante, muitos Municípios se omitem em impedir a aplicação deste instrumento em zonas do território municipal que são inadequadas para fins habitacionais. A omissão municipal se explica pelo fato de a União realizar e custear as ações de regularização das ocupações dos imóveis federais, o que reduz a pressão popular sobre o Município para que ele desenvolva ações de regularização fundiária. Todavia, nesta hipótese, privilegia-se a regularização jurídica da ocupação do imóvel em desprestígio à regularização urbanística.

[279] "O plano diretor deve reservar espaços para todas as atividades econômicas necessárias ao desenvolvimento da cidade, assim como prever a localização dos equipamentos públicos e comunitários que servirão de suporte para as políticas setoriais, como escolas, hospitais, praças, delegacias etc. Esta reserva de espaços deve decorrer

que, no Brasil, estes planos sejam omissos em preverem a localização destas obras e intervenções, tem-se que a sua realização deve seguir as listas de prioridades e cronogramas prescritos nestes textos jurídico-normativos. Ademais, os Municípios somente poderão realizar estas obras e intervenções em locais previstos por estas leis ou em locais onde estes aproveitamentos não sejam vedados.

Este mesmo raciocínio se aplica às demais leis urbanísticas locais – o que inclui a situação dos Municípios sem planos diretores. Isto é, a União, o Estado-membro ou o Município devem obedecer às leis de zoneamento, uso e ocupação do solo, às leis municipais de parcelamento do solo, aos planos setoriais, aos códigos de obras[280] e posturas[281] etc[282].

O segundo grupo de impactos das leis municipais de direito urbanístico sobre o regime jurídico dos bens e ações públicas se refere aos instrumentos de urbanismo operacional[283]. Neste caso, podem-se citar os novos instrumentos de aquisição de bens pelos Municípios, criados pelo Estatuto da Cidade: a desapropriação pelo descumprimento da função

---

de estudos que indiquem a demanda prevista para cada uso, assim, como a disponibilidade de espaços para atendê-la. Desta forma, o plano diretor estará levando em consideração as dimensões econômicas e sociais da cidade, sem que com isso se transforme em um plano de desenvolvimento econômico". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 139, 161, 231 e 243. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 140; LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal lei n. 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 258; VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos. *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. p. 230.)

[280] Segundo Hely Lopes Meirelles, o código municipal de obras reúne "de forma orgânica e sistemática, todas as disposições relativas à construção urbana, em particular para as construções, nos aspectos de estrutura, função e forma, julgadas necessárias às obras consideradas individualmente". Assim, ele prescreve os parâmetros técnico-construtivos, tais como a orientação geográfica das construções, as aberturas de janelas, as dimensões mínimas dos cômodos etc. Ele prescreve, também, parâmetros que objetivam garantir a segurança de terceiros e o respeito a alguns parâmetros estéticos. Ele define, ainda, as "condições de apresentação dos projetos de construção, com as exigências respectivas para sua elaboração" e o procedimento a ser seguido pelos diferentes órgãos municipais – isto é, o código de obras prescreve o procedimento para obtenção das respectivas licenças urbanísticas. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209. Neste sentido: LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 193; LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005. p. 194; HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 425.)

[281] Le código de posturas prescreve as regras de salubridade, costumes, funcionamento dos estabelecimentos públicos e privados etc. (LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 193.)

[282] Nos Municípios desprovidos de planos diretores realizam-se obras públicas e intervenções urbanísticas, mas, nestes casos, estas ações públicas são desprovidas da visão global proporcionada pelos planos diretores. Assim, estas ações se orientarão para o atendimento de necessidades presentes – conservação, adequação ou ampliação de edifícios, por exemplo –, mas sem se atentar aos elementos prospectivos. Este é o caso das obras e intervenções previstas em planos setoriais, os quais atendem às necessidades de uma coletividade naquele caso, mas desconsideram a cidade no seu conjunto, os impactos urbanísticos decorrentes destas ações e, muitas vezes, as necessidades futuras da população. (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 152-153 e 231.)

[283] "São instrumentos indispensáveis da intervenção do Poder Público na propriedade individual e pública, no sentido de exigir que seus titulares deem destinação proveitosa aos seus imóveis – em observância ao princípio da função social da propriedade – e servem de meios para otimizar a gestão e o aproveitamento dos recursos e dos aspectos das cidades". (LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 176.)

social urbanística, o direito de preempção, a transferência do direito de construir e os consórcios imobiliários[284]. A previsão dos novos instrumentos de aquisição de bens pelos Municípios é um dos elementos que compõem o conteúdo mínimo dos planos diretores.

Assim, de um lado, os Municípios desprovidos de plano diretor não podem aplicar os citados instrumentos. Lado outro, a aplicação destes instrumentos pelos Municípios que possuam planos diretores deve ocorrer em conformidade às regras definidas nos planos e nas leis dele decorrentes, o que significa que eles somente se aplicam nas zonas previamente definidas nas citadas leis.

Além disso, como já se afirmou, a aplicação da desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade urbana não se constitui como uma competência discricionária dos Municípios, mas, é um dever, visto que se dirige à realização da função social. No que concerne aos demais instrumentos de aquisição, tem-se que a sua aplicação se sustenta na competência discricionária técnica dos Municípios, uma vez que a análise de conveniência e de oportunidade exige o exame de critérios científicos que extrapolam o direito[285]. Por exemplo, a necessidade de o Município constituir uma reserva de terras para controle do mercado fundiário ou para a construção de habitações de interesse social exigem a demonstração dos estudos e demais elementos técnicos que explicitem esta necessidade[286].

O último grupo de impactos se refere à submissão dos Entes Públicos ao procedimento de licenciamento urbanístico e à fiscalização urbanística, ambas prescritas pelas diversas leis municipais. Dessa forma, em razão do princípio da legalidade, os aproveitamentos urbanísticos dos imóveis públicos urbanos municipais, estaduais e federais se sujeitam às regras constantes da lei municipal de parcelamento do solo, ao Código de Obras, ao Código de Posturas etc[287].

---

[284] Outra ilustração pode ser encontrada nas operações urbanas consorciadas, em razão de seu caráter interventivo "sobre a realidade urbana", mediante ampla negociação e participação popular que envolve o Município, os empreendedores imobiliários e a "sociedade civil". (LOMAR, Paulo José Villela. *Op. cit.*, p. 252.)

[285] Neste sentido, conforme Gustavo Binenbojm, "a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública" (grifos no original). (BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia...*, p. 130.)

[286] Victor Carvalho Pinto afirma que um dos impactos dos planos diretores e do Direito Urbanístico sobre a desapropriação urbanística é que, para "realizar uma desapropriação urbanística, incumbe à Administração provar sua necessidade ou utilidade pública, mediante apresentação dos estudos e projetos técnicos que a sustentam. Não é o administrado quem deve provar o 'desvio de poder' por parte da Administração, até porque, via de regra, tal prova é impossível, a inexistência dos estudos e projetos faz presumir o 'desvio de poder'". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 271.)

[287] "A União e o Estado podem realizar obras como estradas, ferrovias, aeroportos, presídios etc., em zona rural, sem necessidade de licença do Município. Já em zona urbana ou de expansão urbana, faz-se necessário o licenciamento urbanístico municipal". (*Ibid.*, p. 141 e 230-231.)

Neste sentido, cada um dos Municípios tem competência para criar leis próprias que prescrevam as fases do procedimento de licenciamento urbanístico vigentes no seu território. Estas leis podem prescrever que as obras e intervenções públicas se sujeitarão às mesmas regras aplicáveis aos aproveitamentos urbanísticos privados ou que os aproveitamentos públicos se sujeitarão a um procedimento próprio, de forma similar ao sistema italiano. Outrossim, em consonância ao artigo 36, do Estatuto da Cidade, os Municípios definirão quais empreendimentos e atividades públicas realizadas na zona urbana "dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança" para serem licenciadas[288].

Dessa forma, se o sistema jurídico brasileiro atribui aos Municípios a competência de definir todos os aspectos acima descritos, obrigatoriamente, ele deve conferir todos os poderes necessários para o exercício da citada competência. Assim, os Municípios têm o dever de fiscalizar a execução das obras e intervenções públicas para averiguar se elas estão em consonância às leis municipais e às licenças urbanísticas conferidas. Consequentemente, se houver dissonância entre a execução e a licença, os Municípios devem aplicar as sanções administrativas prescritas em suas leis, por exemplo, multas, interdição e demolição:

> As obras públicas que interfiram com o ordenamento territorial da cidade também sujeitam-se ao princípio da reserva do plano. De fato, não se pode admitir que em um Estado de Direito o Poder Público esteja acima da lei. No direito urbanístico, o que importa não é a natureza pública ou privada da propriedade. O que importa é a transformação no território, que precisa ser planejado independentemente de quem seja seu promotor. O planejamento das obras públicas pode ser considerado até mais importante que o controle do uso do solo privado. É por meio das obras públicas, principalmente de sistema viário, que se define a localização das redes de infraestrutura. Sem conexão com estas redes, são impossíveis o parcelamento do solo e a edificação. Obras que para o leigo parecem benéficas podem de fato ser até prejudiciais ao desenvolvimento urbano[289], se não estiverem articuladas em um planejamento global do território municipal[290].

Contudo, apesar de o licenciamento urbanístico, a fiscalização de intervenções urbanísticas e a aplicação de sanções no caso de descumprimento das leis urbanísticas serem deveres dos Municípios, pragmaticamente, eles se omitem em exercer estas atribuições. Assim, o Estado, a União e os próprios Municípios – por meio dos diversos órgãos públicos municipais

---

[288] Conforme se mencionou anteriormente, o Estatuto da Cidade reconhece que as obras e intervenções públicas impactam as áreas de entorno destes empreendimentos, o que pode prejudicar, diretamente, a realização do direito à cidade para os indivíduos que habitam nestas áreas. Portanto, o Estatuto prescreve que a expedição das licenças urbanísticas para a execução das citadas obras e intervenções estarão condicionadas ao cumprimento de medidas compatibilizadoras, compensatórias e mitigadoras destes impactos. (BONIZZATO, Luigi. *O advento do estatuto da cidade e consequências fáticas em âmbito da propriedade, vizinhança e sociedade participativa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 169, 171 e 174-175.)

[289] Afinal, elas podem transformar a área em um polo de atração de usuários eventuais e permanentes, sem que a área possua condições de suportar este aumento no afluxo de indivíduos.

[290] PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 226-227.

– realizam aproveitamentos urbanísticos em seus bens e interveem no espaço urbano sem obedecer às leis municipais que regulam estas atividades[291].

A omissão dos Municípios encontra explicações na pouca importância atribuída à temática urbanística e na carência de recursos públicos que permitam aos Municípios custearem sozinhos a construção e instalação das redes de infraestrutura, equipamentos e serviços públicos. Assim, se a União ou o Estado-membro se dispõem a custearem estas ações, garante-se o acesso da população a estes bens e serviços sem que o Município comprometa suas receitas. Além disso, em muitos casos, a realização destas intervenções é vista como um meio de dinamizar o mercado de trabalho e a economia locais, ainda que temporariamente. Consequentemente, muitas obras e intervenções urbanísticas públicas são realizadas sem previsão nas leis urbanísticas locais e, em alguns casos, elas são contrárias a estas leis.

Não obstante a ilegalidade, pragmaticamente, os Municípios aprovam estas obras e intervenções nas raras vezes em que as pessoas jurídicas de direito público demandam uma licença de construir. Porém, em muitos casos, os Entes Públicos não fazem esta solicitação e os Municípios sequer exigem o licenciamento das obras e intervenções urbanísticas federais, estaduais e municipais. Assim, pode-se perceber que a aplicação de sanções administrativas pelo descumprimento das leis urbanísticas locais pelos Entes Públicos é uma raridade.

Estas ilações permitem afirmar que, pragmaticamente, no Brasil, os projetos, as obras e intervenções públicas são imunes às leis urbanísticas locais e ao controle urbanístico exercido pelos Municípios[292]. Dessa forma, a omissão ou a aprovação ilegal destes projetos, obras e intervenções públicas instauram, no Brasil, um "sistema ilegal de ratificação", cuja única semelhança com o sistema português está no nome.

Como se afirmou, este "sistema ilegal de ratificação" garante a execução dos citados aproveitamentos, mas, diversamente do modelo português, não gera a alteração formal

---

[291] Neste sentido, no plano deôntico, o plano diretor é um meio de canalizar as diversas demandas urbanísticas inerentes a cada uma das políticas públicas setoriais, o que reflete diretamente na realização das diversas obras e intervenções públicas. Porém, segundo Victor Carvalho Pinto, pragmaticamente, estas orientações não são seguidas: "O planejamento urbanístico seria ineficaz se ações e normas urbanísticas não planejadas pudessem conviver lado a lado com intervenções planejadas. Entretanto, a estruturação setorializada da Administração Pública não colabora para esta finalidade. Cada órgão executa suas obras e estabelece suas limitações ao direito de propriedade independentemente do que os demais órgãos estejam planejando para a mesma área. As ações setoriais frequentemente chocam-se umas com as outras, uma vez que são parciais por natureza. Além disso, os órgãos setoriais preferem exercer seu poder de polícia no momento do licenciamento de atividades, evitando uma definição *a priori* das regras, o que diminui a segurança jurídica e contribui para tumultuar a atividade produtiva". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 216-217. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...*, p. 406.)

[292] Note-se, assim, que em relação às intervenções urbanísticas públicas não vige sequer o modelo disfuncional que se aplica em relação às intervenções urbanísticas particulares, segundo o qual as multas urbanísticas perdem o seu caráter de penalidade e se transformam em um mecanismo informal de aquisição de potencial adicional de construção.

das leis urbanísticas municipais. Sem estas alterações e adequações legislativas não se criam mecanismos para reduzir ou minimizar os impactos sócio-espaciais provocados pelos sobreditos aproveitamentos. Isto é, não se preveem, por exemplo, alterações no sistema viário e nos índices e parâmetros urbanísticos que contribuem para conformar as prerrogativas proprietárias públicas e privadas[293].

Assim, o "sistema ilegal de ratificação" brasileiro retira dos planos diretores e demais leis urbanísticas as condições para a sua efetividade. Ele também contribui para o esvaziamento das competências urbanísticas municipais ligadas à fiscalização dos aproveitamentos urbanísticos realizados nos imóveis públicos.

[293] PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 232-233.

2 A reconfiguração do regime jurídico dos bens públicos urbanos no Brasil

No Capítulo precedente, o tema dos bens públicos foi analisado em duas perspectivas distintas e complementares. A primeira se ocupou da análise do processo de formação e da atual conformação do seu regime jurídico, o que possibilitou apontar a composição deste acervo patrimonial e as diversas destinações que podem ser atribuídas a estes bens. A segunda se orientou pelo exame dos impactos dos textos jurídico-normativos urbanísticos sobre os bens públicos, de forma a apontar as diversas inovações que estes inseriram no sobredito regime jurídico.

Assim, verifica-se que a primeira perspectiva se centrou no Direito Administrativo, enquanto a segunda se concentrou no Direito Urbanístico[1]. Esta segmentação apresentou fins meramente didáticos, já que, no momento de definição do regime jurídico aplicável a cada um dos bens públicos urbanos ambos os ramos do Direito devem ser investigados e aplicados conjuntamente, conforme as suas especificidades.

Outro elemento importante sobre a forma de abordagem de ambas as perspectivas mencionadas foi a ênfase atribuída aos diversos problemas relacionados ao regime jurídico dos bens públicos urbanos. De um lado, estes problemas prejudicam a identificação dos bens públicos e impedem que os Entes Públicos desempenhem adequadamente as suas atribuições. Lado outro, estes óbices prejudicam a efetividade da Política Urbana, uma vez que criam entraves à incidência dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico sobre os bens públicos. Assim, em ambos os casos, deixou-se claro que os citados problemas se vinculam aos elementos disfuncionais que caracterizam a esfera pública brasileira e que impedem a própria realização do interesse público urbanístico.

Apesar destes obstáculos, os resultados alcançados nas investigações anteriores fornecem diversos elementos que permitem afirmar que o sistema jurídico brasileiro pode ser interpretado como um meio de modificar o *status quo*. Eles possibilitam realizar uma exegese emancipatória, comprometida com a realização dos direitos fundamentais em geral e, notadamente, do direito à cidade que é uma das expressões da dignidade humana.

---

[1] Esta forma de exposição encontra, portanto, semelhanças à forma adotada por Pugliatti. Para mais informações: PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 145-310. No mesmo sentido: VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 7 e 406. Em sentido semelhante, Perlingieri reconheceu que as análises contemporâneas sobre a multiplicidade de regimes jurídicos proprietários exigem investigações que considerem os diversos textos jurídico-normativos envolvidos e o exame das situações jurídicas proprietárias a partir de vários pontos de vista. Assim, a partir da síntese destas diversas análises e exames é possível obter o regime jurídico proprietário aplicável a cada espécie de bem. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 10.)

Dessa forma, este último Capítulo se dedica a sintetizar e, também, a sistematizar os citados elementos e demonstrar como eles resultam em uma nova configuração do regime jurídico dos bens públicos urbanos. Assim, esta reconfiguração se dirige a enfrentar os diversos problemas anteriormente apontados, mediante as respostas aos questionamentos centrais que motivaram esta investigação[2].

Para tanto, o plano de exposição destes argumentos está dividido em três segmentos. No primeiro retomam-se alguns elementos dogmáticos para redefini-los e demonstrar que o direito positivo brasileiro reconhece a existência da propriedade pública.

O reconhecimento desta natureza jurídica exige a investigação do papel central da função social urbanística na definição do regime da propriedade pública urbana e do seu conteúdo jurídico. Isto é, o seu papel nos discursos jurídicos de justificação e de aplicação, o que envolve a elaboração dos textos jurídico-normativos e a afetação concreta destes bens por seus titulares. Dessa forma, a análise dos elementos acima constitui o objeto do segundo segmento que abrange, ainda, a atual posição brasileira acerca da classificação dos bens públicos e a reconfiguração do regime jurídico constitucional dos bens públicos urbanos

Enfim, no último segmento se esquadrinham os impactos da função social urbana na gestão dos bens públicos. Assim, enfatizam-se os instrumentos que permitem a participação popular na definição do regime jurídico destes bens e o papel da função social na definição das competências discricionárias dos proprietários públicos. Ademais, sistematizam-se os instrumentos e as formas de controle que objetivam garantir o cumprimento da função social.

Assim, estes três segmentos pretendem demonstrar que a função social da propriedade pública urbana é o elemento central que sustenta a reconfiguração do citado regime jurídico e, ao mesmo tempo, é a principal garantia de suas possibilidades emancipatórias. Portanto, elas apresentam as contribuições que o sistema jurídico fornece à solução dos aludidos problemas e à realização do direito à cidade.

Realizadas estas observações iniciais, pode-se apresentar a síntese acima mencionada. Para tanto, inicia-se pela sistematização dos sobreditos elementos dogmáticos, que constituem o cerne do primeiro segmento.

---

[2] Assim, a exposição a seguir objetiva apresentar uma visão de conjunto que, parafraseando Stefano Rodotà, deve demonstrar a composição do patrimônio público imobiliário urbano, a destinação dos bens públicos urbanos, a conformação das prerrogativas proprietárias públicas e dos poderes dos não-proprietários. Ademais, deve-se salientar os instrumentos de controle sobre a gestão destes bens, com ênfase na ampliação do rol de legitimados para atuar na defesa dos mesmos, em consonância aos parâmetros que definem a função social destes imóveis. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 27-28.)

2.1 Do domínio público ao reconhecimento da propriedade pública

A compreensão do regime jurídico dos imóveis públicos urbanos no direito brasileiro exige que se assimilem dois elementos. O primeiro se relaciona ao processo de formação histórica do patrimônio público imobiliário, enquanto, o segundo se refere ao espraiamento da técnica proprietária à relação de pertença destes bens pelos Entes Públicos.

A investigação quanto ao primeiro elemento remonta à formação e às diversas conformações da esfera pública brasileira. Afinal, com a Independência, o Império do Brasil sucedeu o Reino de Portugal no que concerne aos seus direitos sobre o território brasileiro e sobre os imóveis que lhe pertenciam. Com a Proclamação da República e as diversas refundações jurídicas brasileiras – decorrentes dos Textos Constitucionais de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 – cada nova conformação do Estado brasileiro sucedeu as anteriores.

Assim, nos termos definidos anteriormente, a incerteza que caracterizou o regime fundiário colonial se manteve nas conformações posteriores e foi agravado pelos processos de contração e ampliação do Estado e do temário da esfera pública brasileira. A criação do regime da propriedade privada, o período de apossamento, a ampliação das estruturas federativa e administrativa e o agravamento das questões rural e urbana criaram um sistema de indefinição quanto à composição do patrimônio público imobiliário urbano.

O segundo elemento, objeto da análise a seguir, refere-se à expansão paulatina da técnica proprietária aos bens que compõem o patrimônio público imobiliário. Este alargamento implicou na readequação das categorias: bens públicos, patrimônio público, domínio público e propriedade pública. Embora elas encontrem suas origens, diretamente ou não, no Direito Privado, com o passar do tempo elas passaram por um processo de ressignificação que pretendeu ajustá-las ao Direito Público. Todavia, este processo de reajustamento não foi imune às diversas alterações sofridas pelo direito ao longo do tempo, como, por exemplo, a perda da importância conferida à teoria jurídica dos bens e o seu abarcamento, quase completo, pela teoria da propriedade.

A exposição destes dois elementos explica, portanto, a forma de apresentação dos argumentos a seguir. O primeiro segmento retomou, de forma sintética, alguns pontos já discutidos sobre as bases fornecidas pelo direito positivo da Europa latina ocidental que permitiram atribuir a natureza jurídica proprietária à relação jurídica de pertença dos bens públicos. Ainda neste segmento, mas, de forma introdutória, apresentaram-se alguns elementos

que expõem as razões para que este tema seja considerado, aparentemente, um elemento secundário na produção teórica brasileira.

Em continuidade e em resposta à exposição iniciada no segmento anterior, no segundo segmento buscou-se analisar se os elementos que a doutrina considera como caracterizadores da relação jurídica proprietária também estão presentes na titularidade pública. Com base no exercício de comparação empreendido nos dois segmentos anteriores, no último segmento, apresentam-se as bases para o reconhecimento da propriedade pública no direito positivo brasileiro.

2.1.1 Os fundamentos jurídicos da propriedade pública no direito positivo da Europa latina ocidental e do Brasil

Hodiernamente, pode-se afirmar que os sistemas jurídicos da Europa latina ocidental reconhecem, expressamente, que a relação jurídica de pertença dos bens públicos tem natureza jurídica proprietária. Em uma perspectiva topográfica, tem-se que todos os Códigos Civis dos citados Estados prescrevem regras gerais sobre os bens públicos. Elas se inserem no conjunto de regras que compõem a Teoria Geral dos Bens, a qual introduz os Livros ou Títulos que tratam do Direito de Propriedade.

Embora qualquer exegese fundada no critério topográfico seja problemática, tem-se que, neste caso, este critério fornece indícios que comprovam a sobredita afirmação, principalmente, quando se examinam outros textos jurídico-normativos. Neste sentido, por exemplo, a Constituição da Itália prescreve no artigo 42, que a "*proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati*" – isto é, a "propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, aos Entes ou aos particulares".

Igualmente a Constituição de Portugal, no artigo 82°, ao tratar daqueles que podem ser proprietários dos meios de produção", prescreve "a coexistência de três setores de propriedade dos meios de produção", entre os quais encontra-se o setor público. Conforme o número 2, do citado artigo, o "sector público é constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas".

A França também reconhece que a citada relação possui natureza proprietária, como comprova a própria existência do *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*. Embora o Código Civil da Espanha silencie quanto à natureza dos bens do domínio público, ele

prescreve, expressamente, que os *bienes patrimoniales* são objeto de propriedade dos respectivos titulares públicos. Neste sentido, o artigo 345, do Código espanhol prescreve que são "*bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la Provincia y del Municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente*"[3].

No caso brasileiro, a situação se apresenta de outra forma. O Código Civil de 1916 tratou dos bens públicos em sua Parte Geral e, portanto, excluído do regramento acerca do direito de propriedade, o que, aliás, foi mantido pelo Código Civil de 2002. Ademais, as diversas leis específicas que prescreveram regras acerca dos bens públicos são, em sua maioria, silentes em reconhecer que a relação de pertença destes bens tem natureza jurídica proprietária.

A comparação entre ambas as realidades descritas fornece algumas explicações sobre a produção doutrinária, legislativa e jurisprudencial da Europa latina ocidental e do Brasil. No primeiro caso, a existência de bases legislativas mais ou menos sólidas possibilitou à doutrina e à jurisprudência construírem teorizações e precedentes que reconheceram e reconhecem, majoritariamente, que a titularidade dos bens públicos tem natureza proprietária. Dessa forma, estas construções contribuíram para a evolução teórica e jurisprudencial da matéria e auxiliaram os legisladores e os gestores públicos em suas respectivas atividades.

No caso brasileiro, as bases sobre as quais se moviam e, em certa medida, ainda se movem a doutrina e a jurisprudência eram/são mais movediças[4]. Os primeiros trabalhos teóricos se desenvolveram a partir dos estudos estrangeiros disponíveis e das frágeis e pouco perenes bases legais existentes. Estes trabalhos teóricos foram influenciados pelo Direito Privado da época que concebia o direito de propriedade em uma perspectiva monista, agrária e restrita aos indivíduos e às pessoas jurídicas de direito privado, o que, portanto, excluía os bens públicos urbanos. Assim, as construções teóricas brasileiras sobre os bens públicos não se ocuparam profundamente da natureza jurídica da titularidade destes bens, ou trataram o assunto com tibieza ou, ainda, rechaçaram a ideia de que os Entes Públicos eram proprietários.

Todavia, após a Segunda Grande Guerra, doutrinadores de outros ramos da Ciência Jurídica, como por exemplo, o Direito Constitucional, Civil, Agrário, Ambiental e Urbanístico, passaram a questionar as concepções tradicionais acerca do direito de propriedade. No Brasil, sob a influência da escola italiana, a tese monista vem sendo, paulatinamente, suplantada, para

[3] Em uma tradução livre: "Artigo 345 – São bens de propriedade privada, além dos bens patrimoniais do Estado, da Província e do Município, os pertencentes aos particulares, individual ou coletivamente".

[4] Estas bases eram diretamente impactadas pelas crises e pela instabilidade social, jurídica, política e institucional que marcou todo o período republicano. Neste caso, a intensa produção de textos jurídico-normativos, marcados pela falta de sistematicidade e de perenidade, refletia e era um meio de manter a conformação excludente e autoritária da esfera pública brasileira, principalmente, no que se refere ao ambiente urbano

se reconhecer a existência de múltiplos regimes jurídicos proprietários, em que cada aspecto deste direito é regido por ramos distintos do ordenamento jurídico.

Não obstante, esta evolução não alcançou o Direito Administrativo brasileiro com a força que se poderia esperar, talvez devido às características do início da produção teórica sobre o tema. Assim, ainda hoje, a discussão sobre a natureza proprietária da titularidade pública apresenta-se como um tema aparentemente secundário no regime jurídico dos bens públicos e que, portanto, não desperta o interesse dos pesquisadores, apesar dos seus evidentes efeitos práticos.

Contudo, para que se possa definir o fundamento jurídico da relação de pertença dos bens públicos urbanos, faz-se imprescindível enfrentar a discussão acerca da natureza desta relação jurídica. Dessa forma, com base nos resultados propiciados pela pesquisa em Direito Comparado, deve-se investigar se o ordenamento jurídico brasileiro contém elementos que permitam atribuir a esta relação a natureza de propriedade pública.

2.1.2 A propriedade privada *versus* a titularidade dos bens públicos no Brasil

O reconhecimento da natureza jurídica proprietária à relação jurídica de pertença dos bens públicos exige que se realizem dois exercícios metodológicos de exposição. Inicialmente, devem-se retomar aqueles elementos que, tradicionalmente, são considerados pela doutrina como responsáveis por caracterizar a propriedade. Posteriormente, deve-se verificar se estes elementos também estão presentes na titularidade dos bens públicos.

Isto é, deve-se investigar se ambas as situações jurídicas contêm os mesmos atributos, prerrogativas e formalidades ou características secundárias. Portanto, esta verificação exige que se estabeleçam diversas comparações entre a propriedade privada e a titularidade pública, em busca de elementos comuns a ambas as espécies de relações jurídicas[5]. Estas confrontações serão realizadas abaixo.

[5] *Ibid*., p. 443-444.

2.1.2.1 Uma comparação entre os atributos da propriedade privada e da titularidade pública

Os civilistas buscam caracterizar o direito de propriedade de forma a diferenciá-lo dos direitos pessoais e dos demais direitos reais. Assim, tradicionalmente, eles atribuem quatro características principais ao direito de propriedade: a exclusividade; a perpetuidade; a elasticidade; e a generalidade.

A exclusividade pressupõe que o direito do proprietário sobre a coisa exclui a propriedade de terceiros sobre ela. Isto é, quando se define que alguém é proprietário de um bem, exclui-se a possibilidade de que outro sujeito de direito também possua esta qualificação jurídica[6].

Assim, para aqueles que negam a natureza jurídica proprietária, a exclusividade é a principal característica encontrada no direito de propriedade e que não existe no direito do Ente Público sobre os seus bens. Afinal, em relação aos bens de uso coletivo, como as vias públicas, os indivíduos têm o direito de livre acesso, remunerado ou gratuito. Isto é, eles não podem ser excluídos de utilizarem os bens, desde que o façam em consonância aos textos jurídico-normativos que regem o uso dos mesmos.

Porém, estes argumentos devem ser avaliados com mais atenção. Inicialmente, dizer que os indivíduos têm direito ao livre acesso aos bens públicos não significa que exista uma relação de condomínio entre os Entes Públicos e os usuários dos bens[7]. O direito de livre acesso aos bens públicos de uso coletivo não se sustenta no direito de propriedade, mas, encontra outros fundamentos jurídicos ligados à destinação destes imóveis.

Em segundo lugar, não se garante o livre acesso a todos os imóveis públicos. Os bens afetados à segurança nacional e a fins militares têm o acesso restrito aos agentes públicos cujas atribuições se relacionam a estas atividades. No mesmo sentido, edifícios públicos em que se manuseiem materiais perigosos – tóxicos ou radioativos, por exemplo – também tem seu acesso restrito. O mesmo ocorre com o gabinete de autoridades governamentais. Isto também pode ocorrer em órgãos onde se realizam atividades administrativas de suporte às demais atividades públicas – por exemplo, aqueles responsáveis pela gestão financeira – cujo acesso pode ser permitido somente aos agentes públicos que exercem suas funções no local.

Por sua vez, o direito de propriedade sobre imóveis particulares nem sempre conferem ao proprietário o direito de excluir terceiros, como ilustra o caso das lojas abertas ao

[6] BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 32.
[7] GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Op. cit.*, p. 28.

público. Nesta hipótese, o proprietário do estabelecimento não pode impedir que indivíduos ingressem no prédio durante o seu horário de funcionamento, porquanto isto se caracteriza como um ato de discriminação que fere os direitos dos consumidores.

Obviamente que, depois do horário de funcionamento da sobredita loja, a entrada de consumidores será interditada, além disso, se eles não se comportarem conforme às regras internas do estabelecimento comercial poderão sofrer reprimendas e ter de se retirar do local. Contudo, estas mesmas consequências são aplicáveis aos casos de usuários que pretendem ser atendidos fora do horário de funcionamento de um órgão público ou que se comportem em desconformidade às regras de atendimento que vigoram neles.

A segunda característica é a perpetuidade, por meio da qual se diferencia o direito de propriedade dos direitos pessoais, visto que estes se sujeitam à prescrição e o primeiro não. No caso dos bens públicos, esta característica se apresenta com maior força do que na propriedade particular, em razão da imprescritibilidade, o que permite reconhecer que esta característica também é satisfeita pela titularidade dos bens públicos.

Poder-se-ia afirmar que a imprescritibilidade dos bens públicos conferiria à perpetuidade um sentido mais forte do que aquele encontrado na propriedade particular e, portanto, não se poderia equiparar a titularidade pública à propriedade. Porém, esta possibilidade também não se sustenta.

Nos sistemas da Europa latina ocidental, a imprescritibilidade apesar de sua evolução, restringe-se aos bens públicos afetados ao uso coletivo ou à prestação de um serviço público. Nesta hipótese, excepciona-se o caso italiano, em que ela se restringe à primeira espécie de afetação e pode alcançar a segunda conforme prescrevam as leis especiais que regulem as diversas espécies de afetações ou bens insertos no conjunto de *beni patrimoniali indisponibili*.

Não obstante esta distinção, tem-se que os bens do domínio privado – e os *beni patrimoniali disponibili*, conforme a terminologia italiana – podem ser adquiridos por meio de usucapião. Ademais, como se verá adiante, até mesmo bens afetados podem ser adquiridos por este meio em determinadas condições.

No caso brasileiro, embora a imprescritibilidade seja um atributo que, atualmente, aplique-se a todos os bens públicos, nem sempre foi assim. A Lei de Terras de 1850, prescreveu que a posse de bens públicos empregados de forma produtiva pelo ocupante garantia a ele o direito de adquirir a propriedade do bem, por meio de simples requerimento administrativo e inspeção estatal. Neste caso, portanto, o instrumento criado pela citada lei produzia o mesmo efeito da usucapião, sem se fazer necessária a propositura da citada ação judicial. Ademais, na

vigência dos Textos Constitucionais de 1934 e de 1937, por exemplo, admitia-se a aquisição de imóveis públicos rurais por meio de usucapião.

Outrossim, embora a Constituição vigente proíba a usucapião de bens públicos, isto não significa que a posse destes bens seja desprovida de consequências jurídicas. Como se verá adiante, a posse de bens públicos urbanos pode conferir ao ocupante o direito de permanência, por meio da concessão de uso especial para fins de moradia, ou, até mesmo, garantir-lhe a propriedade, mediante a legitimação fundiária.

Assim, embora, atualmente, o ocupante não possa propor a ação de usucapião, existem mecanismos jurídicos que produzem os mesmos efeitos ou efeitos similares ao desta ação. Além disso, se o titular público se recusar em expedir o citado título quando isto é devido, o ocupante pode requerer judicialmente que a sua pretensão seja atendida.

A terceira característica é a elasticidade, por meio da qual se distingue o direito de propriedade dos demais direitos reais, pois estes exigem o primeiro, enquanto o direito de propriedade não depende de qualquer outro direito real particular. Por meio dela, as prerrogativas proprietárias podem ser destacadas, em variadas gradações, e transferidas a terceiros, o que limita o direito de propriedade, mas, não o descaracteriza. Ademais, uma vez terminada a situação que gerou o destacamento de uma ou algumas prerrogativas proprietárias, estas retornam ao seu proprietário e o direito de propriedade se torna pleno novamente[8].

Os textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico atribuem aos Entes Públicos a prerrogativa de conferir direitos reais a terceiros, o que aproxima a titularidade pública do direito de propriedade privada[9]. Neste caso, podem-se citar, por exemplo, a enfiteuse, a concessão de direito real de uso, o direito de superfície, a concessão de uso especial para fins de moradia, o direito real de laje. Em todas estas hipóteses está-se diante de um direito real sobre coisa alheia, em que a "coisa alheia" é um imóvel público.

A última característica é a generalidade, a qual se relaciona ao caráter *erga omnes* das prerrogativas proprietárias. Isto é, estes poderes se opõem a todos os não-proprietários.

---

[8] Esta característica não apresenta caráter absoluto, visto que os titulares de direitos reais sobre coisas alheias podem dar os seus direitos em garantia. Ademais, eles podem, em alguns casos, transferir partes de suas prerrogativas a terceiros, conferindo-lhes, também, direitos reais. Este é o caso, por exemplo, da instituição de um usufruto em favor de terceiro conferido pelo titular de uma enfiteuse.

[9] O professor Norbert Foulquier sintetiza as consequências desta aproximação no mesmo sentido aqui adotado. Ao analisar as "*autorisations accordant des droits réels aux occupants privatifs du domaine public*" – isto é, "autorizações que concedem direitos reais aos ocupantes privativos do domínio público" –, ele questiona: "*Comment en effet l'administration pourrait-elle accorder de tels droits, conçus comme des démembrements de la propriété, si elle n'était pas elle-même propriétaire du domaine public ?*" Em uma tradução livre: "Como, de fato, a administração concederia tais direitos, concebidos como desmembramentos da propriedade, se não fosse ela própria a proprietária do domínio público?" (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit*., p. 59.)

Originalmente, a generalidade ensejou duas formas de se conceber a relação jurídica proprietária. Pela primeira, a propriedade criava uma relação jurídica direta entre o proprietário e o objeto do direito de propriedade. Pela segunda, havia uma relação jurídica entre o proprietário e um sujeito passivo universal – o conjunto dos não-proprietários – em que o primeiro tinha o direito de não ter seus poderes molestados pelos demais.

Porém, hoje, o direito de propriedade não é visto como uma relação que gera direitos somente a um dos polos da relação, enquanto ao outro polo se atribuem todos os deveres. Ao contrário, ele é uma relação jurídica complexa que reúne tanto prerrogativas proprietárias quanto prerrogativas não-proprietárias, cuja extensão e substância são determinadas pela função social[10].

Assim, independentemente da concepção teórica que se adote, a titularidade dos bens públicos atende à generalidade. Ela pode ser considerada uma relação jurídica entre o Ente Público e o seu bem ou uma relação entre o titular público e todos os demais sujeitos de direito que devem se abster de impedir que o Ente Público administre e empregue o bem em consonância à sua destinação.

Enfim, a titularidade pública também confere prerrogativas proprietárias aos Entes Públicos e, ao mesmo tempo, atribui aos demais indivíduos prerrogativas oponíveis contra o titular. Neste sentido, recorde-se que os usuários de bens de uso coletivo são titulares de direitos subjetivos relacionados a este uso, os quais podem ser exigidos judicialmente. Igualmente, eles podem promover diversas ações judiciais que objetivam proteger estes mesmos bens, como ilustra a Ação Civil Pública e as ações judiciais de improbidade administrativa prescritas pelos incisos II e VIII, do artigo 52, do Estatuto da Cidade[11].

[10] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 100.

[11] Os incisos II e VIII, do artigo 52, do Estatuto da Cidade, prescrevem: "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 n. 8.429, de 02 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; (...) VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado".

2.1.2.2 Continuação: uma comparação entre as prerrogativas proprietárias e as prerrogativas dos titulares dos bens públicos

Por meio da exposição acima, verifica-se que a relação jurídica de pertença dos bens públicos possui as características responsáveis pela individualização do direito de propriedade. Portanto, agora, deve-se verificar se as prerrogativas atribuídas aos proprietários privados – *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius abutendi* e *rei vindicatio* – também são conferidas aos Entes Públicos em relação aos seus bens. Como a análise destas prerrogativas está intimamente ligada ao fundamento jurídico da própria titularidade dos bens públicos, neste momento, o seu exame será superficial e se centrará, em grande medida, nas caracterizações atribuídas pelas concepções civilistas mais tradicionais.

O *ius utendi* e o *ius fruendi* estão ligados de forma que o segundo abarca o primeiro. O *ius utendi* confere ao proprietário o poder de empregar o seu bem para satisfazer um interesse que lhe é próprio ou de autorizar que terceiros utilizem-no para satisfazerem as suas necessidades. Por sua vez, o *ius fruendi* confere ao proprietário o direito de receber os frutos naturais e civis produzidos pelo bem, o que engloba o direito de usar, visto que o uso é uma forma de se beneficiar das vantagens geradas pelo bem.

No que concerne aos bens públicos, tem-se que os interesses dos Entes Públicos se consubstanciam na satisfação do interesse público que são de titularidade dos membros da coletividade. Dessa forma, o *ius utendi* se realiza mediante a satisfação das necessidades dos titulares do interesse público, o que pode significar o uso coletivo do bem, ou o seu uso restrito, conforme sejam as necessidades a serem satisfeitas.

Consequentemente, embora dotado de especificidades, não se pode afirmar que a titularidade dos bens públicos seja desprovida desta prerrogativa. Recorde-se que, mesmo no Direito Privado, a propriedade não se restringe à mera satisfação dos interesses egoísticos do proprietário, mas, abarca, também, a satisfação de interesses de terceiros. Ademais, em todos os casos, a citada satisfação de necessidades e interesses deve ser juridicamente lícita, em consonância, portanto à destinação social atribuída juridicamente à coisa.

Em relação ao *ius fruendi*, deve-se recordar que os bens públicos são aptos a produzirem frutos que se destinarão a atender às atribuições conferidas aos Entes Públicos. Se estes frutos forem naturais, eles poderão ser diretamente empregados no atendimento destas necessidades públicas ou serão alienados e os recursos auferidos destinados ao custeio das

sobreditas atividades públicas. Se os frutos forem civis, eles integrarão diretamente as receitas públicas dos titulares do bem e também se destinarão ao custeio das citadas atividades.

Outrossim, deve-se lembrar que, *a priori*, todos os bens públicos urbanos estão aptos a produzirem receitas. A utilização de bens de uso coletivo pode ser remunerada pelos seus usuários, como ocorre, por exemplo, com o estacionamento de veículos nas vias públicas. Imóveis destinados à prestação de serviços podem ser concedidos, hipótese em que os concessionários deverão remunerar os titulares públicos. Ademais, outros bens que não estejam afetados a nenhuma das citadas destinações podem ser objeto de contratos de locação, em que os recursos provenientes dos alugueis também integrarão as receitas públicas.

O *ius abutendi* é a prerrogativa conferida ao proprietário de excluir o direito de propriedade que ele tem sobre um determinado bem de seu patrimônio. Esta prerrogativa é considerada uma das principais caracterizadoras do direito de propriedade. Afinal, os direitos reais sobre coisas alheias conferem aos seus titulares direitos de uso ou de fruição, mas, somente o direito de propriedade confere ao seu titular o poder de dispor.

A sobredita exclusão pode ocorrer de diversas formas. Por exemplo, ela pode ocorrer por meio da alienação onerosa ou gratuita ou por meio da própria demolição de um edifício – o que representa a destruição do direito de propriedade sobre a construção.

Os bens públicos se caracterizam por sua inalienabilidade relativa. Os bens afetados ao uso coletivo e à prestação dos serviços públicos podem ser alienados mediante instrumentos de Direito Público. Este é o caso das doações realizadas pela União ou pelos Estados aos Municípios, nos casos em que serviços públicos sejam transferidos dos primeiros aos últimos. Outra ilustração pode ser encontrada na criação de autarquias, em que o Ente Público territorial transfere imóveis públicos à nova pessoa jurídica de direito público como forma de compor o seu patrimônio inicial.

Os imóveis que não atendam a nenhuma das citadas afetações também podem ser alienados a terceiros mediante instrumentos de Direito Público ou de Direito Privado, desde que observadas as formalidades legais e o *iter* procedimental prescrito. Nestes casos, esta transferência somente se justificará se o bem não puder ser empregado em nenhuma outra atividade ou política pública de competência do titular público.

Ademais, em todos os casos, a alienação dos bens públicos pode ser gratuita ou onerosa. As alienações gratuitas de bens públicos urbanos se justificam, em geral, por questões ligadas às políticas de regularização fundiária de ocupações destes imóveis, cuja transferência de titularidade se justifique devido às características daquele núcleo populacional. Neste caso, a transferência gratuita se justifica, por exemplo, em razão da pauperização do citado núcleo.

As alienações onerosas, por sua vez, destinam-se à substituição do bem por seu valor pecuniário, o que pode se inserir ou não em uma política de caráter social, como a política habitacional ou de regularização fundiária. Porém, neste caso, diversamente do exemplo anterior, o núcleo populacional deverá apresentar características que justifiquem a alienação onerosa dos bens aos seus ocupantes e/ou futuros moradores.

Todavia, nem sempre os Entes Públicos poderão destinar os recursos auferidos com as alienações onerosas para as citadas finalidades públicas. No que concerne às receitas provenientes da venda de imóveis federais, parte destes recursos se destinarão, por exemplo, ao custeio do Programa de Administração Patrimonial Imobiliária[12].

Outrossim, tanto os Entes Públicos quanto os proprietários privados podem demolir os seus edifícios urbanos, desde que observadas as leis urbanísticas locais, o que aproxima ambas as situações jurídicas. Porém, no que concerne aos bens públicos, a demolição deve ser precedida da desafetação do prédio – isto é, deve-se retirar a destinação pública atribuída ao bem.

A última prerrogativa proprietária é a *rei vindicatio,* por meio da qual se atribui ao proprietário o direito de propor a ação reivindicatória contra quem detenha ilicitamente o bem. Esta prerrogativa, assim como ocorre com a anterior, é um dos elementos caracterizadores do direito de propriedade, pois, somente o proprietário pode propor a citada ação, o que não lhe impede de propor outras ações como é o caso das ações possessórias.

[12] Os artigos 37 e 38, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, em suas novas redações, prescrevem: "Art. 37 – Fica instituído o Programa de Administração Patrimonial Imobiliária da União – PROAP, destinado, segundo as possibilidades e as prioridades definidas pela administração pública federal: I – à adequação dos imóveis de uso especial aos critérios de: a) acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida; b) sustentabilidade; c) baixo impacto ambiental; d) eficiência energética; e) redução de gastos com manutenção; f) qualidade e eficiência das edificações; II – à ampliação e à qualificação do cadastro dos bens imóveis da União; III – à aquisição, à reforma, ao restauro e à construção de imóveis; IV – ao incentivo à regularização e realização de atividades de fiscalização, demarcação, cadastramento, controle e avaliação dos imóveis públicos federais e ao incremento das receitas patrimoniais; V – ao desenvolvimento de recursos humanos visando à qualificação da gestão patrimonial, mediante a realização de cursos de capacitação e participação em eventos relacionados ao tema; VI – à aquisição e instalação de equipamentos, bem como à modernização e informatização dos métodos e processos inerentes à gestão patrimonial dos imóveis públicos federais; VII – à regularização fundiária; e VIII – à gestão e manutenção das atividades das Unidades Central e Descentralizadas da SPU. Parágrafo único – Comporão o Fundo instituído pelo Decreto-Lei n. 1437, de 17 de dezembro de 1975, e integrarão subconta especial destinada a atender às despesas com o Programa instituído neste artigo, que será gerida pelo Secretário do Patrimônio da União, as receitas patrimoniais decorrentes de: I – multas; e II – parcela do produto das alienações de que trata esta Lei, nos percentuais adiante indicados, observado o limite de R$25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) ao ano: a) vinte por cento, nos anos 1998 e 1999; b) quinze por cento, no ano 2000; c) dez por cento, no ano 2001; d) cinco por cento, nos anos 2002 e 2003. Art. 38 – No desenvolvimento do PROAP, a SPU priorizará ações no sentido de desobrigar-se de tarefas operacionais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante convênio com outros órgãos públicos federais, estaduais e municipais e contrato com a iniciativa privada, ressalvadas as atividades típicas de Estado e resguardados os ditames do interesse público e as conveniências da segurança nacional".

A jurisprudência brasileira reconhece as ações reivindicatórias como meios adequados para a defesa da titularidade dos imóveis públicos contra outras pessoas jurídicas de direito público e/ou contra indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado. São fartas as decisões de ações reivindicatórias promovidas pelos Entes Públicos em defesa da titularidade dos seus imóveis, ou propostas por pessoas jurídicas de direito privado, criadas pelos Entes Públicos Territoriais, para gerir os imóveis que pertencem a estes últimos[13].

Igualmente, os Tribunais reconhecem que os Entes Públicos Territoriais, as demais pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos primeiros para gerir os seus bens públicos podem propor ações possessórias. Neste sentido, os mencionados sujeitos de direito propõem as citadas ações judiciais para protegerem suas posses indiretas e, assim, de forma mediata, defendem a sua titularidade sobre estes bens[14].

Por um lado, o reconhecimento jurisprudencial da legitimidade para propositura das citadas ações permite afirmar que a titularidade dos bens públicos confere aos Entes Públicos a mesma prerrogativa atribuída aos proprietários privados. Porém, por outro lado, ela indica que a jurisprudência ainda está presa aos cânones originais do regime jurídico dos bens públicos, os quais conferiam à imprescritibilidade um caráter absoluto que, de fato, ela nunca teve.

---

[13] Podem-se citar como ilustrações as seguintes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação civil originária n. 678/TO*. Requerente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Requeridos: Instituto de Terras do Estado do Tocantins – INTERTINS; Agropecuária Santiago – Eldorado Ltda. Litisconsortes: Raul Leite Luna; Maria Thereza Uchôa Luna; Claudio Abel Ribeiro; Cordélia Junqueira Bastos Ribeiro; ACP – Alves da Cunha Participações Ltda.; Ivo Alveda Cunha; Luiz Sylvio Alves da Cunha; Ricardo Uchôa Luna; Espólio de Ulisses Leite Luna; Renato Junqueira Bastos Ribeiro; Levi Zylberman; Clarissa Polacow Zylberman; Ubirajara Spessotto de Camargo Freitas; Maria Valéria de Araujo Henriques. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 22 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607645>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial n. 851.906/DF*. Agravante: Adriano Maurício Gomes Santos e Outros. Agravado: Companhia Imobiliária De Brasília TERRACAP. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br /processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1373069&num_registro=200600997595&data=20141211&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 107.446/RJ*. Recorrente: Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Recorridos: Canecão – Promoções e Espetáculos Teatrais S/A e Associação dos Servidores Civis do Brasil. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 28 de junho de 1988. Disponível em: <htt p://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador. jsp?docTP=AC&docID=198896>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[14] Como ilustrações, tem-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.370.254/SP*. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Clube Desportivo Municipal Manoel de Abreu e Outro. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 08 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66363769&num_registro=201300283240&data=20161129&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.203.500/RJ*. Recorrente: Olivia Araújo de Paula. Recorrido: Universidade do Estado do Rio De Janeiro – UERJ. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11939753&num_registro=201001290717&data=20101008&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

Em todas estas ações a tese defendida pelos Entes Públicos e adotada pelos julgadores se funda na imprescritibilidade dos bens públicos. Segundo esta tese, os ocupantes dos citados imóveis devem ser considerados meros detentores destes bens, pois, a sua posse não pode ser convertida em propriedade e, portanto, eles não têm direito de permanecer no bem.

Dessa forma, verifica-se que a evolução sofrida pela imprescritibilidade dos bens públicos não foi observada. Não se consideraram os diversos textos jurídico-normativos acima citados que admitiam a usucapião de bens públicos ou que autorizavam ou autorizam a conversão da posse funcionalizada em propriedade. Desconsideraram-se, também, o tempo da ocupação e a possibilidade de se empregarem os diversos instrumentos de Direito Urbanístico aptos a garantir aos ocupantes o direito de permanência e fixação nas áreas ocupadas.

Não obstante o tradicionalismo da jurisprudência, o reconhecimento da legitimidade dos Entes Públicos para proporem as citadas ações corroboram a proximidade entre a titularidade dos bens públicos e a propriedade. Em consonância a isto tem-se, ainda, que outros aspectos responsáveis pela caracterização da relação jurídica proprietária também são encontrados na relação jurídica de pertença dos bens públicos.

2.1.2.3 Continuação: uma comparação entre as formalidades e características secundárias do direito de propriedade e da titularidade dos bens públicos

Segundo a regra geral do Direito Civil, a aquisição da propriedade imobiliária por indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado deve obedecer a diversas formalidades. Entre elas, conforme o artigo 1.245, do Código Civil, a principal é o registro do título translativo da propriedade no Cartório de Registros de Imóveis em cuja circunscrição o bem se situa.

Esta exigência ainda é vista como desnecessária em relação aos bens públicos. Afinal, eles possuem cadastros patrimoniais próprios. Ademais, a principal razão que sustenta a sobredita tese é que a aquisição e a alienação de bens públicos exigem a prévia edição de lei e esta se pressupõe de conhecimento geral, o que supre a publicidade proporcionada pelo registro nos Cartórios de Registro Imobiliário. Neste mesmo sentido, a formação do patrimônio inicial das pessoas jurídicas de direito público também exige a edição de lei, que pode ser a mesma que criou a citada autarquia.

Todavia, a falta de registro dos imóveis públicos impede o total conhecimento de todos os bens existentes em cada localidade. Outrossim, os cadastros administrativos dos Entes Públicos se caracterizam, em sua maior parte, por lacunas e pela falta de organização.

Apesar de a presunção do conhecimento geral da lei suprir o dever de publicidade, os problemas acima mencionados somados à complexidade do regime fundiário brasileiro motivaram a uma mudança da orientação tradicional sobre o tema. Assim, paulatinamente criaram-se leis que objetivaram obrigar o registro dos bens públicos e a averbação de construções edificadas nos mesmos[15]. Entre estes textos jurídico-normativos estão aqueles que exigem o registro das terras devolutas[16], dos loteamentos e dos seus respectivos imóveis públicos, das áreas sujeitas à regularização fundiária, dos diversos títulos que garantem direitos reais sobre bens públicos etc[17].

---

[15] Embora restrita aos imóveis federais, esta afirmação pode ser ilustrada pelas atuais redações dos artigos 1º a 3º, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que prescrevem: "Art. 1º – É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada. Art. 2º – Concluído, na forma da legislação vigente, o processo de identificação e demarcação das terras de domínio da União, a SPU lavrará, em livro próprio, com força de escritura pública, o termo competente, incorporando a área ao patrimônio da União. Parágrafo único – O termo a que se refere este artigo, mediante certidão de inteiro teor, acompanhado de plantas e outros documentos técnicos que permitam a correta caracterização do imóvel, será registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente. Art. 3º – A regularização dos imóveis de que trata esta Lei, junto aos órgãos municipais e aos Cartórios de Registro de Imóveis, será promovida pela SPU e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, com o concurso, sempre que necessário, da Caixa Econômica Federal – CEF".

[16] Nos termos da Lei n. 6.383, de 07 de dezembro de 1976.

[17] Neste sentido, a título ilustrativo, podem-se citar os seguintes itens do artigo 167, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1975: "Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I – o registro: (...) 6) das servidões em geral; (...) 10) da enfiteuse; (...) 19) dos loteamentos urbanos e rurais; (...) 34) da desapropriação amigável e das sentenças que, em processo de desapropriação, fixarem o valor da indenização; (...) 36) da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e respectiva cessão e promessa de cessão; 37) dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia; (...) 39) da constituição do direito de superfície de imóvel urbano; 40) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público; 41) da legitimação de posse; 42) da conversão da legitimação de posse em propriedade, prevista no art. 60 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009; 43) da Certidão de Regularização Fundiária (CRF); 44) da legitimação fundiária. II – a averbação: (...) 4) da mudança de denominação e de numeração dos prédios, da edificação, da reconstrução, da demolição, do desmembramento e do loteamento de imóveis; (...) 18) da notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de imóvel urbano; 19) da extinção da concessão de uso especial para fins de moradia; 20) da extinção do direito de superfície do imóvel urbano; (...) 22) da reserva legal; 23) da servidão ambiental; 24) do destaque de imóvel de gleba pública originária; (...) 26) do auto de demarcação urbanística; 27) da extinção da legitimação de posse; 28) da extinção da concessão de uso especial para fins de moradia; 29) da extinção da concessão de direito real de uso; (…) 31) da certidão de liberação de condições resolutivas dos títulos de domínio resolúvel emitidos pelos órgãos fundiários federais na Amazônia Legal; 32) do termo de quitação de contrato de compromisso de compra e venda registrado e do termo de quitação dos instrumentos públicos ou privados oriundos da implantação de empreendimentos ou de processo de regularização fundiária, firmado pelo empreendedor proprietário de imóvel ou pelo promotor do empreendimento ou da regularização fundiária objeto de loteamento, desmembramento, condomínio de qualquer modalidade ou de regularização fundiária, exclusivamente para fins de exoneração da sua

Outro elemento empregado para caracterizar a propriedade é a possibilidade de sua desapropriação, pois, somente os bens sujeitos à apropriação poderiam ser desapropriados. Porém, no sistema jurídico brasileiro, esta ilação não é de todo verdadeira. Afinal, alguns imóveis particulares estão isentos de sofrerem algumas espécies de desapropriação que, *a priori*, poderiam ser-lhes aplicadas, como ilustra, o artigo 185, da Constituição[18].

Além da citada especificidade, o sistema jurídico brasileiro apresenta outras particularidades. Ao contrário da Europa latina ocidental, onde, geralmente, a desapropriação se restringe aos bens do domínio privado, no Brasil, os bens públicos, afetados ou não, podem ser desapropriados, desde que atendido o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Este prescreve que os bens dos Entes Públicos Territoriais e das pessoas jurídicas de direito público em geral são passíveis de desapropriação promovida pela União. Este mesmo artigo autoriza que os Estados federados desapropriem bens dos Municípios localizados em seu território, bem como os bens das pessoas jurídicas de direito público criadas pelos citados municípios e pelo próprio Estado-membro. Conforme a sistemática criada pelo citado texto jurídico-normativo, os Municípios podem desapropriar os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público criadas por eles.

Enfim, um último elemento deve ser mencionado. Nos Estados da Europa latina ocidental e no Brasil, o proprietário que exerce adequadamente suas prerrogativas proprietárias tem o direito de não ser prejudicado por tentativas de terceiros se apropriarem de seus bens. Esta garantia, ligada à proteção da posse, estende-se ao proprietário, já que ele reúne, em regra, a posse direta e indireta do bem.

Esta garantia possessória está prescrita pelo *caput*, do artigo 1.210, do Código Civil. Ademais, o §1º, do mesmo artigo, confere o direito de desforço imediato àquele que foi prejudicado. Isto é, o direito de, logo que constatar a ocorrência do ato prejudicial, opor-se ao mesmo, mediante o emprego de força proporcional, ou seja, dentro dos limites do que for estritamente indispensável para afastar ou impedir o ato lesivo. Dessa forma, o desforço imediato se configura como um ato de legítima defesa patrimonial juridicamente válido.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.071.741/SP, teve a oportunidade de apreciar esta matéria aplicada aos bens públicos

---

responsabilidade sobre tributos municipais incidentes sobre o imóvel perante o Município, não implicando transferência de domínio ao compromissário comprador ou ao beneficiário da regularização".

[18] O artigo 185, da Constituição da República, prescreve: "Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II – a propriedade produtiva".

urbanos[19]. O caso envolvia a construção irregular dentro do perímetro de Parque Estadual destinado à preservação ambiental e, também, ao uso coletivo.

No caso o Tribunal afirmou que os proprietários privados têm o direito de fiscalizar os seus bens. Eles também têm o direito de se valerem de meios legítimos que objetivem evitar ou prevenir que os seus bens sofram danos e que objetivem mitigar os danos efetivamente sofridos. Ademais, eles têm o direito de se oporem a todos atos que causem lesão aos seus bens e, para isso, eles podem se valer de todos os meios juridicamente lícitos, inclusive o exercício da autotutela consubstanciada no desforço imediato e proporcional. Todavia, estes atos de autotutela não lhes conferem o poder de interditar obras ou realizar demolições e, portanto, eles devem requerer à Administração Pública e/ou ao Poder Judiciário que realizem estas medidas.

Conforme o Tribunal, os Entes Públicos Territoriais também são titulares de prerrogativas similares de fiscalização, de prevenção, de mitigação e de oposição aos atos que podem prejudicar os seus bens. Todas estas prerrogativas dos Entes Públicos em relação aos seus próprios bens denominam-se dever-poder de polícia dos bens públicos e se apresentam como decorrências lógicas dos seus direitos sobre os bens que lhes pertencem.

Porém, as prerrogativas de defesa dos bens públicos atribuídas aos Entes Públicos são mais amplas do que aquelas conferidas aos proprietários privados, pois, eles podem expedir atos de paralisação e/ou demolição de obras e executá-los, sem que precisem recorrer a outrem. A cogência das determinações expedidas pelos Entes Públicos e o poder de executá-las por si mesmos não decorrem de especificidades inerentes à relação jurídica de pertença dos bens públicos. Estas prerrogativas são atributos dos sobreditos atos administrativos e se justificam devido à sua ligação à realização do interesse público, nos termos prescritos pelo sistema jurídico. Isto é, os Entes Públicos podem expedir e executar os citados atos de proteção aos seus bens desde que exista uma base jurídica para sua atuação, que esta atuação seja proporcional, imediata[20] e adequada para realizar o interesse público específico em questão.

---

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.071.741/SP*. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo; Marilda de Fátima Stankievski e Outro; Aparecido Silviero Garcia. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 24 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4712846&num_registro=200801460435&data=20101216&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

[20] O vocábulo "imediato" não significa "logo em seguida". Sua significação depende que dois elementos cumulativos se verifiquem. O primeiro se relaciona à determinação temporal, ao momento em que que a Entidade Pública toma ciência do ato prejudicial. O segundo impõe uma condição: a Entidade Pública não deve se omitir do seu dever de vigilância permanente dos bens públicos. Assim, a ação do proprietário público deve se dar no momento em que ele toma ciência da prática do ato prejudicial e somente poderá ocorrer se ele tiver cumprido o dever de vigilância constante sobre os seus bens.

Contudo, deve-se notar que nada impede que os Entes Públicos recorram ao Poder Judiciário para executar estas medidas. Entretanto, esta via pode se apresentar desnecessária, face aos citados atributos e, em alguns casos, pode contrariar o próprio interesse público, como ilustram as situações de danos iminentes aos bens públicos causados por atos de terceiros.

Assim, a compreensão do desforço imediato e proporcional decorrente da titularidade dos bens públicos pode apresentar dois sentidos. O primeiro se configura por sua amplitude e, tradicionalmente, é denominada de dever-poder de polícia sobre os bens públicos. Este sentido amplo engloba o sentido restrito que se refere às diversas prerrogativas de proteção dos bens públicos por seus titulares, as quais se aproximam dos poderes de defesa de qualquer proprietário, observando-se, porém, as especificidades ligadas aos atos expedidos pelo titular dos bens públicos.

Dessa forma, inserem-se no sentido amplo sobredito o exercício de atos materiais de força, por meio dos quais o Ente Público opõe-se aos atos que causam ou possam causar prejuízos aos seus bens. Portanto, a acepção restrita de desforço imediato e proporcional decorrente da titularidade dos bens públicos é o mesmo desforço imediato exercido pelo proprietário particular.

Segundo o Tribunal, os deveres-poderes atribuídos aos Entes Públicos para protegerem os seus bens não se resumem às medidas administrativas, mas abarcam, também, ações materiais, concretas e proporcionais que paralisem o ato danoso imediatamente. Neste sentido, a Corte compreendeu que o desforço imediato – seja em sua acepção ampla, seja em sua acepção restrita – não é uma faculdade do Ente Público. Ao contrário, ele se caracteriza como "uma obrigação inafastável e de índole vinculada, porquanto inadmissível que se confira ao Administrador optar por defender, ou não, o patrimônio público, o meio ambiente e a regularidade urbanística"[21]. Assim, verifica-se que a titularidade dos bens públicos abarca, também, o exercício do desforço imediato, apesar das especificidades acima apontadas.

Portanto, em síntese, pode-se afirmar que os direitos dos titulares públicos sobre seus bens apresentam as mesmas características responsáveis por individualizar o direito de propriedade privada. Outrossim, os Entes Públicos são titulares de prerrogativas idênticas àquelas que os proprietários privados têm sobre os seus bens. Enfim, as demais formalidades e características secundárias que também caracterizam a propriedade privada face aos demais institutos jurídicos também se encontram na titularidade dos bens públicos.

[21] Igualmente: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 72-73; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 134.

Consequentemente, os argumentos acima denotam que a conformação da relação jurídica de pertença dos bens públicos atribui-lhe a natureza "proprietária". Afinal, esta relação apresenta os mesmos atributos, prerrogativas, formalidades e características secundárias que individualizam a relação jurídica proprietária.

2.1.3 As bases para o reconhecimento da propriedade pública no direito positivo brasileiro

Com base nas comparações estabelecidas anteriormente, tem-se que o silêncio do Código Civil quanto à natureza jurídica proprietária da relação de pertença dos bens públicos não indica que o ordenamento jurídico brasileiro a negue ou a proíba. Afinal, o regramento da propriedade não se restringe ao Código Civil e, o direito positivo brasileiro reconhece, implícita ou explicitamente, esta natureza jurídica. Assim, o texto do Código apenas reflete a opção terminológica adotada que, presa à tradição, não empregou o vocábulo "propriedade" para identificar a citada relação.

Esta ilação não encontra supedâneo somente no exercício exegético acima. Outros textos jurídico-normativos infraconstitucionais empregam o vocábulo "propriedade" para designar a titularidade dos bens públicos, como, por exemplo, aqueles que alicerçam o seu regime infraconstitucional. Assim, tem-se o artigo 64, do Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946, que, ao prescrever as regras sobre a locação de bens públicos federais, define que esta se restringirá aos bens de propriedade da União que não sejam afetados ao serviço público[22]. Outras ilustrações se encontram na Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que adota expressões como: "áreas de propriedade da União"; "vínculo de propriedade"; "imóveis de propriedade da União"; "propriedade da União" e "terras de propriedade da União"[23].

---

[22] O artigo 64, do Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946, prescreve: "Art. 64 – Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos. §1º – A locação se fará quando houver conveniência em tornar o imóvel produtivo, conservando, porém, a União, sua plena propriedade, considerada arrendamento mediante condições especiais, quando objetivada a exploração de frutos ou prestação de serviços. §2º – O aforamento se dará quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública". (sem negrito no original)

[23] Assim: "Art. 22-A – A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001. (...) Art. 23 – A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência. §1º – A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do

Também a jurisprudência reconhece a natureza proprietária, como comprovam diversas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em diversas oportunidades, ambas as Cortes adotaram esta designação para se referir à titularidade das mais diversas espécies de bens públicos[24].

---

vínculo de propriedade. (...) Art. 25 – A preferência de que trata o art. 13, exceto com relação aos imóveis sujeitos aos regimes dos arts. 80 a 85, do Decreto-Lei n. 9.760, de 1946, e da Lei n. 8.025, de 12 de abril de 1990, poderá, a critério da Administração, ser estendida, na aquisição do domínio útil ou pleno de imóveis residenciais de propriedade da União, que venham a ser colocados à venda, àqueles que, em 15 de fevereiro de 1997, já os ocupavam, na qualidade de locatários, independentemente do tempo de locação, observadas, no que couber, as demais condições estabelecidas para os ocupantes. (...) Art. 30 – Poderá ser autorizada, na forma do art. 23, a permuta de imóveis de qualquer natureza, de propriedade da União, por imóveis edificados ou não, ou por edificações a construir. (...) Art. 31 – Mediante ato do Poder Executivo e a seu critério, poderá ser autorizada a doação de bens imóveis de domínio da União, observado o disposto no art. 23 desta Lei, a: (...) §2º – O encargo de que trata o parágrafo anterior será permanente e resolutivo, revertendo automaticamente o imóvel à propriedade da União, independentemente de qualquer indenização por benfeitorias realizadas, se: (...) Art. 33 – Os arts. 3º, 5º e 6º do Decreto-Lei n. 2.398, de 1987, passam a vigorar com as seguintes alterações: 'Art. 3º – (...) §2º – Os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio. (...) Art. 36 – Nas vendas de que trata esta Lei, quando realizadas mediante licitação, os adquirentes poderão, a critério da Administração, utilizar, para pagamento à vista do domínio útil ou pleno de imóveis de propriedade da União, créditos securitizados ou títulos da dívida pública de emissão do Tesouro Nacional. (...) Art. 40 – Será de competência exclusiva da SPU, observado o disposto no art. 38 e sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, previstas no Decreto-Lei n. 147, de 3 de fevereiro de 1967, a realização de aforamentos, concessões de direito real de uso, locações, arrendamentos, entregas e cessões a qualquer título, de imóveis de propriedade da União, exceto nos seguintes casos. Art. 44 – As condições previstas nesta Lei aplicar-se-ão às ocupações existentes nas terras de propriedade da União situadas na Área de Proteção Ambiental – APA da Bacia do Rio São Bartolomeu, no Distrito Federal, que se tornarem passíveis de regularização, após o rezoneamento de que trata a Lei n. 9262, de 12 de janeiro de 1996". (sem negrito no original)

[24] Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 84.279/DF*. Pacientes: Ricardo Antônio Borges; Joviano José Coutinho; Nicácio Pereira Alves; Flávio Ferreira da Silva; Fábio Francisco de Vasconcelos; José Fernando Rocha ou José Fernando Rocha Goulart. Coator: Superior Tribunal de Justiça – STJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5226544>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 3388/RR*. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União Federal. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 12.457/RJ*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Sindicato Nacional dos Oficiais de Radiocomunicações da Marinha Mercante – (Assistente da Caixa Econômica Federal); União. Relator Ministro Luis Fux, Brasília, 06 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778099&num_registro=200700184650&data=20080618&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 655.787/MG*. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Plínio Corrêa de Aquino e Outros. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 09 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=514523&num_registro=200400590280&data=20050905&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 667.939/SC*. Recorrente: União. Recorrido: Associação Catarinense de Defesa do Consumidor – ACADECO. Relator Ministra Eliana Calmon, Brasília, 20 de março de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=619496&num_registro=200400803418&data=20070813&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 747.871/RS*. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministra Eliana Calmon, Brasília, 21 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=702913&num_registro=200500744412&data=20081118&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 242.073/SC*. Recorrente: União – sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA (extinta). Recorrida: Ana Maria Melim. Relator

Igualmente, a Administração Pública reconhece a natureza jurídica proprietária da citada relação jurídica. Neste sentido, o Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio da União, textualmente, emprega a expressão "propriedade pública" para designar os direitos que a União exerce sobre os seus bens. Entre as diversas vezes em que o documento emprega esta expressão, tem-se, por exemplo, a afirmação de que a "gestão da propriedade pública se orienta pelas determinações constitucionais, tanto quanto a gestão da propriedade privada"[25].

Ministro Luis Felipe Salomão. Relator para o Acórdão: Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região), Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=844858&num_registro=199901143799&data=20090629&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n. 80.905/RJ*. Requerente: Justiça Pública. Requerido: Kyung Gon Kim. Suscitante: Kyung Gon Kim. Suscitados: Juízo Federal da 1ª Vara de Angra Dos Reis – SJ/RJ; Juízo de Direito de Paraty – RJ. Relator Ministro Og Fernandes, Brasília, 10 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=882294&num_registro=200700447743&data=20090624&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 808.708/RJ*. Recorrente: Dagmar Gonçalves da Fonseca. Recorrido: União. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5468392&num_registro=200600060728&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 816.585/RJ*. Recorrente: Maria Cândida Lopes da Silva. Recorridos: União; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relator Ministro José Delgado, Brasília, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2299104&num_registro=200600243606&data=20061026&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.183.266/PR*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Moyses Tosin. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14857504&num_registro=201000333214&data=20110518&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.080.221/RS*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Sandro Drum. Relator Ministro Castro Meira, Brasília, 07 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28348131&num_registro=200801765827&data=20130516&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 470.565/PA*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Dagberto Nogueira da Silva. Interessado: Instituto Nacional De Colonização E Reforma Agrária – INCRA. Relator Ministro Humberto Martins. Relator para o Acórdão: Ministro Herman Benjamin, Brasília, 10 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&se quencial=1307366&num_registro=201400217347&data=20151116&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.483.304/DF*. Recorrente: Elielton Oliveira da Silva. Recorridos: José da Silva Oliveira. Interessados: Eliete Oliveira da Silva; Benedita Vieira da Silva; Francisco Castro Frazão; José Alves da Silva; Maria das Graças Vieira da Silva. Relator Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57996761&num_registro=201402526411&data=20160315&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.590.022/MA*. Recorrente: União. Recorridos: Empresa Maranhense de Administração de Recursos Humanos e Negócios Públicos S/A – EMARHP; Cartório de Registro Geral de Imóveis 1ª Circunscrição de São Luís – MA; Joao Damasceno Cutrim Costa; Deusamar Ferreira Costa. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62479503&num_registro=201600664708&data=20160908&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

[25] SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Plano nacional de caracterização do patrimônio da União.* Brasília: SPU, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/patrimonio-da-uniao/plano_nacional_caracterizacao.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 18.

Entretanto, dizer que a gestão da propriedade privada e a gestão da propriedade pública se nortearão pela Constituição não significa que elas terão a mesma sede constitucional. Por um lado, o direito individual de propriedade encontra previsão em diversas partes da Constituição e tem, como a sua principal sede, o *caput* e o inciso XXII, do artigo 5º, que lhe conferem a natureza jurídica de direito fundamental. Por outro lado, o direito de propriedade das pessoas jurídicas de direito privado encontra sua sede constitucional no inciso II, do artigo 170, que prescreve que a propriedade privada é um dos princípios que regerão a ordem econômica brasileira[26].

Dessa forma, verifica-se que a sede constitucional da propriedade pública não se encontra nos sobreditos artigos, afinal, o inciso II, do artigo 170, expressamente, restringe-se à propriedade privada. Ademais, sua sede também não se encontra no *caput* e no inciso XXII, do artigo 5º, da Constituição, pois, os Entes Públicos não são titulares de direitos fundamentais[27].

Na realidade, a Constituição de 1988 adota o vocábulo "propriedade" para se referir aos bens públicos somente no artigo 176. Este prescreve que os "recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União". Porém, restringir a sede da propriedade pública ao citado artigo reduz a Constituição e a sua exegese a uma literalidade obtusa que desconsidera o significado dos vocábulos, seus sinônimos e outros procedimentos hermenêuticos, como, por exemplo, a interpretação sistêmica.

Ao tratar dos bens públicos, o Texto Constitucional emprega diversas outras expressões e palavras que objetivam indicar a ideia de propriedade, como, por exemplo, "pertencentes" ou "domínio" que, no direito brasileiro, designa a propriedade sobre imóveis[28]. Neste sentido, a base constitucional da propriedade pública pode ser encontrada, por exemplo,

---

[26] Assim, o direito individual de propriedade tem várias sedes constitucionais. Por exemplo, o *caput* e o inciso XXII, do artigo 5º e o próprio inciso II, do artigo 170, afinal, os indivíduos também são atores econômicos e lhes é garantido o direito de empreender.
No que que concerne às pessoas jurídicas, parte da doutrina e da jurisprudência admitem que ela seja titular de direitos fundamentais. Todavia, aqui, defendeu-se que os direitos fundamentais se restringem à titularidade das pessoas físicas, o que não significa que as pessoas jurídicas não sejam titulares de direitos tutelados pela Constituição – como ilustra o sobredito inciso II, do artigo 170. Ademais, deve-se reconhecer que as pessoas jurídicas se beneficiam dos direitos fundamentais dos indivíduos que compõem o seu quadro societário. Isto é, elas sofrem os impactos e reflexos destes direitos, como ilustram o direito fundamental à liberdade de associação.

[27] Defender que os Entes Públicos não são titulares de direitos fundamentais se justifica por três razões. A primeira é a identificação ou aproximação entre os "direitos fundamentais" e os "direitos humanos", visto que o vocábulo "humano" se refere ao homem, ao ser humano. A segunda razão decore do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, os quais surgiram e se espraiaram para defender o indivíduo contra o Estado, as pessoas jurídicas de direito privado e outros indivíduos hipersuficientes – o que se denomina de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Enfim, as fórmulas linguísticas adotadas pela Constituição para prescrever os direitos fundamentais restringem a sua titularidade e exercício à pessoa humana.

[28] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 60.

nos incisos dos artigos 20 e 26, da Constituição[29], que prescrevem diretamente os bens da União e dos Estados federados e, indiretamente, os bens municipais[30]. Em consonância a estes artigos, pode-se encontrar a base para a "gestão da propriedade pública", no artigo 18, da Constituição, que prescreve a autonomia administrativa dos Entes federados[31].

Ademais, podem-se citar, os artigos que prescrevem o regime jurídico constitucional da propriedade pública, aplicável a todos os bens públicos independentemente da sua afetação. Neste sentido, tem-se os incisos XXI, do artigo 37 e XVII, do artigo 49, que prescrevem a inalienabilidade relativa; o artigo 100, que se refere à impenhorabilidade; e o §3º, do artigo 183, e o parágrafo único, do artigo 191, que vedam a usucapião de imóveis públicos.

No que concerne à propriedade pública urbana, tem-se o sobredito §3º, do artigo 183, que prescreve, expressamente, a imprescritibilidade. Enquanto os §§1º e 2º, prescrevem a possibilidade de se expedirem concessões de uso para os ocupantes que empreguem o bem para sua moradia e não sejam proprietários de outros imóveis.

Há, ainda, o §2º, do artigo 182, que prescreve que a "propriedade urbana" – sem distinguir a propriedade urbana privada da propriedade pública – cumprirá a sua função social somente se "atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". O §3º deste artigo – também sem distinguir os imóveis privados e públicos – prescreve que as desapropriações urbanísticas realizar-se-ão com "prévia e justa indenização".

---

[29] Os artigos 20 a 26, da Constituição da República, prescrevem: "Art. 20 – São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI – o mar territorial; VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII – os potenciais de energia hidráulica; IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. (...) Art. 26 – Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União". (sem negrito no original.)

[30] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 321.

[31] O *caput* do artigo 18, da Constituição, prescreve: "Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Todos estes exemplos comprovam que, embora a propriedade pública não tenha a natureza de direito fundamental, ela tem ampla proteção constitucional[32]. Estes direitos são densificados no plano infraconstitucional em diversos textos jurídico-normativos de natureza legal e administrativa, os quais são operacionalizados e aplicados pela Administração Pública de todos os Entes Federados e pelo Poder Judiciário.

Porém, afirmar que o sistema jurídico brasileiro reconhece a existência da propriedade pública não significa que ele adote uma orientação semelhante à dos demais sistemas da Europa latina ocidental. Nestes sistemas, adotam-se dois critérios cumulativos: a titularidade pública e a afetação. Assim, os bens de titularidade dos Entes Públicos são objetos

[32] Esta ampla proteção constitucional à propriedade pública decorre do caráter analítico da Constituição brasileira e demonstra que a inserção da propriedade pública no rol dos direitos fundamentais, além de contrária à sistemática brasileira, apresenta pouca utilidade.
Portanto, a sistemática brasileira discrepa daquela existente em alguns Estados da Europa latina ocidental, como é o caso francês, caracterizado por um modelo constitucional mais sintético, formado por textos de diversos períodos históricos e que adota outra técnica legislativa. Estas diferenças, ficam mais evidentes se for analisada a *Décision n. 86-207 DC du 26 juin 1986* – Decisão n. 86-207 Controle de constitucionalidade das leis, de 26 de junho de 1986. Nesta data, ao apreciar a constitucionalidade de uma lei que autorizava o Governo a realizar diversas medidas econômicas e sociais, entre elas, transferir bens do setor público ao setor privado, o *Conseil Constitutionnel* afirmou que: "*Considérant que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ; que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques*". Isto é, em uma tradução livre: "Considerando que a Constituição impede a transferência de bens ou empresas que façam parte de patrimônios públicos para pessoas que persigam interesses privados por preços inferiores ao valor destes ativos; que esta regra decorre do princípio da igualdade invocado pelos deputados responsáveis pela interpelação; que ela não se encontra menos fundamentada nas disposições da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 relativas ao direito de propriedade e à proteção que lhe é devida; que esta proteção não se limita somente à propriedade privada dos particulares, mas, também, igualmente, alcança a propriedade do Estado e das outras pessoas jurídicas de direito público". (FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Décision n. 86-207 DC du 26 juin 1986*. Parts: MM Pierre Joxe et d'autres députés e MM André Méric et d'autres sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social. Paris, 26 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-207-dc/decision-n-86-207-dc-du-26-juin-1986.82 71.html>. Acesso em: 30 dez. 2016.)
Em especial, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trata do direito de propriedade em dois artigos. O artigo 2 prescreve que: "*Article 2 – Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*". Por sua vez, o artigo 17 prescreve: "*Article 17 – La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*". Em uma tradução livre: "Artigo 2 – O objetivo de toda associação política [o Estado, por exemplo] é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Artigo 17 – Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser privado dela, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, exigir esta medida e sob a condição de uma justa e prévia indenização".
A Constituição brasileira reconhece a fundamentalidade do direito de propriedade individual e assegura a propriedade pública e, ainda, reconhece a todos o direito à indenização prévia, justa e em dinheiro no caso de desapropriação, inclusive no caso de desapropriação de bens públicos. Ademais, ela prescreve, também, os padrões e procedimentos mínimos que devem nortear a avaliação dos bens públicos.

materiais de relações jurídicas proprietárias públicas, quando afetados a determinadas finalidades[33]. Quando não afetados a estes fins, eles são objetos de relações jurídicas proprietárias privadas, o que, porém, não afasta totalmente a incidência do Direito Público.

Ao contrário, as bases constitucionais e os textos jurídico-normativos infraconstitucionais brasileiros acima citados denotam uma identificação imediata entre bens públicos e propriedade pública. Isto é, no Brasil, todos os bens públicos são objetos materiais de propriedade pública, independentemente de estarem ou não afetados a uma finalidade pública. Consequentemente, o que determina a diferença entre a propriedade privada e a propriedade pública é unicamente o critério subjetivo: a natureza jurídica da personalidade do seu titular. Em síntese, portanto, as pessoas jurídicas de direito público são titulares de propriedade pública enquanto os demais sujeitos de direito são titulares de direito de propriedade privada.

Dessa forma, a existência destas duas espécies de propriedade sobre imóveis denota que o sistema jurídico brasileiro adotou a concepção pluralista deste direito. Segundo esta orientação, a propriedade é uma "noção categorial", inserta na Teoria Geral do Direito[34]. Os elementos centrais e gerais da sua conformação jurídica são definidos pela Constituição. Isto é, ela define a propriedade como uma relação jurídica complexa, porquanto formada por prerrogativas proprietárias e por prerrogativas não-proprietárias pertencentes a sujeitos diversos. Ademais, a própria Constituição, com base na natureza da personalidade dos proprietários, subdivide este direito em dois grandes grupos: a propriedade privada e a propriedade pública.

Todavia, por ser uma relação jurídica complexa, tanto a propriedade privada quanto a propriedade pública se regerão por textos jurídico-normativos pertencentes aos mais diversos ramos do Direito. Assim, no que concerne à propriedade privada imobiliária, os diversos aspectos relacionados às relações interindividuais serão regidos pelo Direito Civil, como por exemplo, as formas de aquisição e transmissão de imóveis entre os particulares. Entretanto, isto não afasta a incidência de regras de Direito Público, como ilustram as leis que conferem aos

[33] Em consonância à teoria de Hauriou, França, Espanha e Portugal, restringem a denominação propriedade pública aos bens afetados ao uso coletivo ou à prestação de um serviço público. Na Itália, a citada denominação se aplica somente aos bens de uso coletivo e de uso militar.

[34] Parafraseando o professor Cretella Júnior, pode-se dizer que a noção de propriedade, assim como a de contrato, é categorial. Ela pertence à Teoria Geral do Direito, e, portanto, é uma figura presente no Direito Privado e no Direito Público, mas que foi sistematizada, inicialmente, pelo primeiro, devido à antiguidade de sua constituição. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 234.)

Entes Públicos a competência de restringir o exercício das prerrogativas proprietárias – o que se insere no âmbito do dever-poder de polícia, ínsito ao Direito Administrativo.

No que concerne à propriedade pública imobiliária, as relações entre o proprietário público e terceiros se regerão pelo Direito Administrativo, o que não afasta, totalmente, a incidência do Direito Privado. Alguns aspectos da relação jurídica de propriedade pública serão regidos pelo Direito Civil, parcialmente derrogado por textos jurídico-normativos de Direito Administrativo. Este é o caso, por exemplo, das formas de aquisição e alienação regidas pelo Código Civil, como a compra e venda, a doação e a permuta. Outro exemplo pode ser encontrado nos instrumentos que conferem o uso privativo de bens públicos a terceiros, como ilustra o contrato de locação. Neste mesmo sentido, inserem-se as ações possessórias e reivindicatórias propostas pelos proprietários públicos.

Todavia, há hipóteses em que as diversas relações jurídicas que tenham por objeto os bens públicos se regerão, primordialmente, pelo Direito Privado. Este é o caso das ações possessórias propostas por ocupantes de imóveis públicos contra terceiros não-proprietários que, sem fundamento em um título legítimo, turbem ou esbulhem a sua posse[35].

Conforme o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o uso privativo de bens públicos devidamente autorizado pelo proprietário público, configura ato de transferência da posse direta do bem e, portanto, confere ao beneficiário do título a proteção possessória. Por sua vez, as ocupações desprovidas de títulos se configuram como atos de mera detenção nas relações jurídicas entre o ocupante e o proprietário público. Porém, nas relações entre o ocupante e terceiros não-proprietários desprovidos de títulos legítimos, a relação jurídica do ocupante tem natureza possessória e se constitui como uma situação fática que "deve ser protegida como um fim em si mesma"[36].

Além disso, tanto a propriedade imobiliária privada quanto à propriedade imobiliária pública submeter-se-ão à incidência de outros ramos do Direito, em especial aqueles

---

[35] Nestes casos, não interessa se o terceiro não-proprietário é um indivíduo, uma pessoa jurídica de direito privado, ou uma pessoa jurídica de direito público e, também, não importa se o ocupante é titular de um direito de uso privativo consubstanciado em um título legítimo ou não.

[36] ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 117-118. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.483.304/DF*. Recorrente: Elielton Oliveira da Silva. Recorridos: José da Silva Oliveira. Interessados: Eliete Oliveira da Silva; Benedita Vieira da Silva; Francisco Castro Frazão; José Alves da Silva; Maria das Graças Vieira da Silva. Relator Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57996761&num_registro=201402526411&data=20160315&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.296.964/DF*. Recorrente: Distrito Federal. Recorridos: Miguel Gonçalves de Melo; Miguel Angel Villar Busto. Relator Luis Felipe Salomão, Brasília, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547602&num_registro=201102920822&data=20161207&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

que tem por objeto a destinação dos imóveis. Assim, sobre a propriedade urbana incidirá, também, o Direito Urbanístico, pois, a Constituição reenviou a definição da função social da propriedade urbana à legislação infraconstitucional de âmbito nacional, estadual e, principalmente, municipal.

Contudo, reconhecer que a relação jurídica de pertença dos bens públicos, no Brasil, tem natureza jurídica de propriedade pública permite chegar a duas ilações igualmente importantes. O reconhecimento da propriedade pública denota que os bens públicos também se caracterizam por sua escassez[37] e a atribuição da propriedade deles aos Entes Públicos é um mecanismo jurídico para a sua gestão e proteção[38]. Isto obriga a alteração da compreensão tradicional segundo a qual, alguns destes bens – por exemplo, os bens de uso coletivo – não possuem valor econômico e, portanto, não podem ser apreciados monetariamente.

Ao se reconhecer que os bens públicos podem ser mensurados pecuniariamente, pode-se perceber que eles são ativos econômicos importantes[39] devido à sua utilidade, por exemplo, para a composição das receitas públicas e para o desenvolvimento das atividades privadas[40]. Isto não significa que as noções jurídica e econômica de propriedade pública se tornaram idênticas, mas que elas estão em uma relação simbiótica de mútua influência, porquanto, inserem-se em um contexto social mais amplo[41].

---

[37] PROUDHON, Pierre-Joseph. *Op. cit.*, p. 72; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 61-62.

[38] Neste sentido, a propriedade pública apresenta os mesmos pressupostos que Miguel Nogueira de Brito atribui à existência da propriedade privada – pertencente aos indivíduos e às pessoas jurídicas de direito privado. Ambos os casos se explicam com base em "considerações de eficiência, isto é, com base na ideia de que a melhor gestão dos recursos existentes numa sociedade pressupõe o abandono da comunidade dos bens". (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 18-20. Em sentido semelhante, Vasco Rodrigues afirma que a propriedade pública também se justifica em razão da eficiência. Segundo ele, somente os Entes Públicos podem financiar a existência, a destinação e a proteção destes bens, uma vez que eles podem instituir tributos, cobrados coercitivamente de toda a sociedade, e destiná-los para os citados escopos. Para mais informações: RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 70-73.)

[39] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 443-444 e 450.

[40] Dizer que um bem público é importante para a economia e que ele pode ser apreciado monetariamente é diferente de dizer que ele possa ser tratado como qualquer espécie de mercadoria que possa ser adquirida por quem se disponha a pagar o mais alto preço. Afinal, estes bens podem gerar benefícios a diversos indivíduos ou a toda a coletividade e a gestão pública dos mesmos pode proporcionar uma melhoria geral na qualidade de vida e, também, na economia. Este é o caso das vias de circulação e dos imóveis públicos destinados aos serviços públicos de educação e saúde. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 153-155.)

[41] Conforme Paolo Grossi, o Direito e a Economia concebem a propriedade em sentidos diversos, porque cada uma destas Ciências considera determinados aspectos como relevantes, enquanto outros são desprezados. Para o Direito, a propriedade é "sobretudo poder *sobre* a coisa, enquanto a propriedade dos economistas é sobretudo riqueza, renda *da* coisa". Assim, desconhecer que ambas as noções estão imersas em um contexto sociocultural e histórico mais amplo e que elas possuem individualidades ligadas às especificidades de cada um destes campos do conhecimento pode gerar uma série de complicações. Por exemplo, pode-se desconsiderar que a propriedade pública destes bens contribui para o desenvolvimento econômico e, portanto, defender-se a transferência deles à iniciativa privada, sem mensurar os diversos impactos decorrentes desta medida e as formas de regulação que podem ser adotadas para minimiza-los. (GROSSI, Paolo. *Op. cit.*, p. 25-26.)

Dentro desta lógica, percebe-se que os bens públicos e os direitos incidentes sobre eles atraem a atenção dos atores de mercado, os quais pressionam os proprietários públicos a transferi-los à iniciativa privada[42]. Este processo de privatização é facilitado pela dificuldade em se identificarem os bens públicos[43] e pelo desconhecimento quanto ao seu real valor de mercado, à sua destinação atual e às suas possíveis destinações[44]. Como decorrência destes elementos, há uma gestão perdulária dos recursos públicos e criam-se óbices – alguns intransponíveis – ao planejamento de todas as políticas públicas, pois, todas elas precisam de lastro territorial – a base física onde atuarão.

Isto se torna mais evidente diante do exemplo da Política Urbana. Afinal, ela é uma política pública espacial que tem como uma de suas principais características, a distribuição de bens, serviços e infraestruturas no espaço de forma a realizar o direito à cidade.

Estes argumentos permitem chegar à segunda ilação, a qual se sustenta em duas premissas. A primeira se refere à constatação de que realização da Política Urbana se vincula, diretamente, aos imóveis públicos urbanos e estes são objetos materiais de uma relação jurídica de natureza proprietária – a propriedade pública. A segunda se relaciona à estreita vinculação entre o regime jurídico da propriedade urbana e a função social urbanística. Consequentemente, tem-se que a compreensão da propriedade pública urbana perpassa a investigação da sua função social, o que será objeto de análise a seguir.

2.2 A função social da propriedade pública urbana: a propriedade pública urbana como função social urbanística

Sob a influência dos civilistas italianos[45], o sistema jurídico brasileiro – a Constituição, os textos jurídico-normativos infraconstitucionais e, por decorrência, a produção doutrinária – aderiu à concepção pluralista do direito de propriedade. Segundo esta concepção,

---

[42] MATEO, Ramón Martín. *Op. cit.*, p. 423.

[43] A dificuldade em determinar quem é o proprietário de um imóvel atrai aqueles que podem "obter utilidades" deste mesmo bem, os quais objetivarão apropriar-se dele. Em alguns casos, os indivíduos estabelecerão acordos informais que reconhecerão a cada um deles uma relativa segurança de não terem suas ocupações molestadas. Em outras situações, porém, a situação será resolvida por meios violentos, em que alguns indivíduos e grupos buscarão afastar os demais sujeitos por meio do uso da força e da instauração do medo. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 55.)

[44] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 119 e 125.

[45] Notadamente, Salvatore Pugliatti, Pietro Perlingieri e Stefano Rodotà.

a Constituição prescreve a existência de diversas situações jurídicas proprietárias específicas e define as linhas gerais dos regimes jurídicos aplicáveis a cada uma destas situações.

Esta definição constitucional é construída considerando-se os sujeitos que podem ser proprietários de cada espécie de bens, os objetos materiais sobre os quais estes direitos incidirão e os diversos interesses que incidem sobre eles. Todos estes aspectos estão reunidos no princípio da função social da propriedade.

Segundo a sobredita orientação italiana, este princípio é a expressão do interesse público no regime jurídico proprietário e, ao mesmo tempo, insere neste regime jurídico o elemento relacional, desconsiderado pelo abstracionismo que marcou a orientação monista. Afinal, a função social considera as possíveis destinações que serão atribuídas a cada um dos bens materiais e, também, conforma as prerrogativas proprietárias e não-proprietárias envolvidas na relação jurídica de propriedade. Assim, pode-se afirmar que a Constituição, ao definir as conformações gerais do conteúdo jurídico da função social da propriedade, define, também, as linhas gerais dos diversos regimes jurídicos proprietários.

Contudo, a definição realizada pela Constituição não é exaustiva. O Texto Constitucional reenvia aos textos jurídico-normativos infraconstitucionais – insertos nos mais diversos ramos do Direito – a pormenorização das prescrições constitucionais e a especificação dos diversos aspectos de cada um dos regimes jurídicos proprietários. Assim, a apreensão de cada um destes regimes jurídicos exige a investigação dos parâmetros constitucionais gerais e dos diversos textos jurídico-normativos, produzidos em consonância a estes parâmetros.

Como se afirmou acima, estas considerações podem ser ilustradas pela propriedade urbana. Afinal, os incisos I, II e IV, do artigo 30 e o §2º, do artigo 182, da Constituição, reenviam à legislação urbanística local a definição do conteúdo da função social da propriedade urbana e não estabeleceram diferenças quanto à natureza pública ou privada desta relação.

Porém, o reenvio não significa que a discricionariedade legislativa dos Municípios seja ilimitada, pois, eles estão sujeitos aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à propriedade privada e à propriedade pública. Em relação a esta última, os Municípios devem se ater aos elementos gerais fixados pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade, e, também, aos elementos específicos prescritos pelos textos jurídico-normativos que regem a titularidade dos bens públicos. Entre estes, podem-se citar, por exemplo, o Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946, a Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998 etc.

Portanto, verifica-se que a função social urbanística da propriedade pública conecta os diferentes aspectos necessários a elucidar o fundamento jurídico da titularidade dos bens públicos urbanos. Porém, a investigação desta variante do princípio da função social exige a

atenção a alguns aspectos específicos da propriedade pública, uma vez que o princípio da função social tem o seu nascedouro ligado à propriedade privada.

Neste sentido, devem-se buscar definir três aspectos. O primeiro se relaciona ao atual papel que a função social tem no Brasil como justificativa da própria propriedade pública urbana. A compreensão da centralidade deste princípio exige que ele seja analisado a partir da perspectiva proporcionada pela bipartição do discurso jurídico. Assim, com base nos resultados propiciados por esta análise, torna-se possível buscar definir os seus conteúdos e os impactos produzidos na compreensão dos elementos que compõem o regime jurídico constitucional dos bens públicos urbanos.

O segundo aspecto é uma decorrência do primeiro. Como se viu, no Brasil, a definição da propriedade pública se baseia no critério subjetivo da pertença do bem a um Ente Público. Dessa forma, ao contrário do que ocorre na Europa latina ocidental, a atribuição de uma finalidade pública específica a um bem público ou a retirada desta destinação não torna este bem objeto do *domaine public* ou do *domaine privé* dos Entes Públicos. Diante desta especificidade, deve-se demonstrar qual é a função da afetação dos bens públicos urbanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Enfim, o último aspecto se apresenta como uma consequência dos anteriores. A partir da análise das bases francesa e italiana que produziram as duas principais classificações dos bens públicos brasileiros e da sua confrontação com os resultados obtidos anteriormente, pode-se demonstrar qual é a posição brasileira atual quanto à taxonomia destes bens.

A investigação de cada um destes elementos será tratada de forma apartada, o que justifica a subdivisão das subseções seguintes. Assim, realizadas estas considerações, parte-se à tratamento do primeiro aspecto mencionado.

2.2.1 A função social como justificativa da propriedade pública urbana

Apesar de as origens do princípio da função social poderem ser encontradas ainda na Idade Média, com as teses de São Tomás de Aquino e, na Idade Moderna, com as orientações de John Locke, as suas formulações jurídicas mais precisas somente são encontradas no início do século XX. Neste período surgem as teorizações de Léon Duguit sobre a funcionalização da

propriedade privada, as primeiras Encíclicas Papais acerca do tema[46] e as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, consideradas marcos legislativos mundiais da função social.

Entre os vários mitos que envolvem o princípio da função social está aquele que o vincula às doutrinas socialistas/comunistas, o que, porém, parte de duas premissas equivocadas[47]. A primeira não considera que as citadas doutrinas defendem a extinção da apropriação privada dos meios de produção, o que é inconciliável com a função social que objetiva a conservação e a repartição da propriedade privada. A outra premissa desconsidera que a função social nasceu e se desenvolveu como um meio de combater o rentismo e a especulação imobiliária e de fomentar a produção de riquezas. Dessa forma, a função social objetivava maximizar as utilidades que podiam ser proporcionadas pelos bens e contribuir para a redistribuição de riquezas, o que, portanto, pode ser considerado uma forma de legitimar a existência da propriedade privada[48].

Os argumentos apresentados nos parágrafos anteriores permitem perceber que a função social da propriedade, enquanto uma formulação jurídica, nasce durante a transição do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social. Este período se marcou pela expansão do rol dos direitos fundamentais, mediante a criação e/ou desenvolvimento dos direitos de segunda geração/dimensão – direitos econômicos, sociais e culturais – e de terceira geração/dimensão – direitos de solidariedade, de proteção às minorias etc. Em consonância a esta expansão, houve o alargamento dos temas insertos no conteúdo do interesse público, mediante a inserção de temas e ações de intervenção do Estado no setor econômico e de maximização da regulação estatal sobre o direito de propriedade.

É, neste sentido, que autores como Salvatore Pugliatti, Pietro Perlingieri e Stefano Rodotà identificavam a função social como uma expressão do interesse público que propiciava o surgimento de múltiplos regimes jurídicos proprietários. Para eles, a função social era uma fórmula de inserção do interesse público no regime jurídico da propriedade privada que, na Idade Moderna, foi concebido com base no absolutismo do interesse privado – identificado como individualismo proprietário.

---

[46] Refere-se, aqui, às Encíclicas *Rerum novarum*, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891, *Quadragesimo anno*, do Papa Pio XI, de 15 de maio de 1931, e *Mater et magistra*, do Papa João XXIII, de 15 de maio de 1961.

[47] Os fundamentos deste mito podem ser encontrados em autores como Hayek, para quem o aumento de leis especiais para regular o direito de propriedade podia ser compreendido como uma quebra da isonomia e uma tentativa de coletivização/estatização da propriedade. (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 163 e 172.)

[48] PERINI, Eliana C. *Op. cit.*, p. 82; BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 60-61.

Todas estas descrições demonstram que a função social nasceu como um princípio atrelado à propriedade privada e que, portanto, somente se aplicaria a ela, mas, não à propriedade pública. Esta ilação seria corroborada pelo artigo 42, da Constituição italiana que, ao prescrever as regras fundamentais sobre a propriedade privada e sobre a propriedade pública, explicitamente, vincula a função social à primeira, mas, silencia no que concerne à segunda[49].

Ao se analisar este artigo, poder-se-ia afirmar, facilmente, que, de fato, a função social não incidiria sobre a propriedade pública. Segundo Rodotà[50], poder-se-iam chegar a duas outras soluções. Por meio da primeira se compreenderia que as funções atribuídas à propriedade pública são totalmente diversas e inconciliáveis às funções conferidas à propriedade privada. Por meio da segunda se afirmaria que para possibilitar que a propriedade privada cumprisse os mesmos fins atribuídos à propriedade pública seria necessário atribuir à primeira uma função social[51].

Não obstante Rodotà afaste todas as ilações acima, ele também parece se opor à incidência da função social à propriedade pública, pois, esta construção apresentava-se como um pleonasmo – uma reafirmação desnecessária de sua vinculação ao interesse público. Afinal, para ele, os fins da propriedade pública "se identificam" aos objetivos que devem ser perseguidos por seu titular.

Contudo, este caráter pleonástico é apenas aparente e parte de duas pressuposições. Primeiramente, pressupõe-se que os titulares do interesse público são os Entes Públicos. Ademais, pressupõe-se que os Entes Públicos sempre destinarão os seus bens para atender ao interesse público e que eles jamais exercerão suas prerrogativas proprietárias em dissonância a esta finalidade[52]. Assim, para desconstruir o citado pleonasmo e as pressuposições que o

---

[49] O artigo 42, da Constituição Italiana, prescreve: "*Art. 42 – La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*". Numa tradução livre: "Art. 42 – A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, aos Entes ou aos particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os modos de aquisição, de fruição e os limites para assegurar a função social e de torna-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos em lei, e ressalvado o direito à indenização, desapropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os limites da sucessão legítima e testamentária e os direitos do Estado sobre a herança".

[50] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 389-390, 392, 395 e 397.

[51] Embora as ilações acima decorram da redação do artigo 42, da Constituição italiana, elas se fundamentam no processo histórico que originou a função social e, portanto, poderiam ser estendidas a outros sistemas jurídicos. Assim, no Brasil, poder-se-iam chegar às mesmas conclusões, apesar de a Constituição brasileira adotar fórmulas linguísticas diversas daquelas empregadas pela Constituição italiano.

[52] ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 57.

sustentam é necessário que se recupere a forma pela qual a função social se identifica como uma expressão do interesse público.

O interesse público se caracteriza como uma das noções centrais para a compreensão do Estado, pois, ele se relaciona à finalidade do Estado e dos demais Entes Públicos. Assim, se a identificação do interesse público à "*volonté générale*" rousseauniana foi central na formação do Estado moderno e do Direito Administrativo, com o tempo, operou-se a sua ressignificação, e, atualmente, ele se identifica à realização dos direitos fundamentais.

Consequentemente, pode-se afirmar que os titulares do interesse público são os titulares dos direitos fundamentais – os indivíduos – o que denota a conexão estrutural entre interesse público e interesses privados. Por sua vez, os Entes Públicos são os gestores deste interesse, aos quais é conferido o dever de realiza-los.

Durante o discurso de justificação que produzirá os textos jurídico-normativos específicos a cada um dos ramos do Direito e a cada instituto jurídico particular, o interesse público sofre um processo de densificação. Este processo de determinação de seu conteúdo prossegue durante o discurso de aplicação, quando se consideram, além dos mencionados textos, os elementos fáticos específicos do caso concreto.

Assim, no discurso de justificação para a produção do Direito Urbanístico objetivo, o interesse público sofre o citado processo de densificação e, então, apresenta-se como direito à cidade. Isto é, o direito à cidade é a feição do interesse público na produção/ordenação sócio-espacial da cidade. Portanto, verifica-se que o citado processo de densificação reduz a multiplicidade semântica que caracteriza a noção geral de interesse público[53].

Neste sentido, o direito à cidade, apresenta dois sentidos ou dois conjuntos de direitos que não se excluem, mas, complementam-se. O primeiro sentido se liga à participação dos indivíduos em todo o processo decisório referente à produção e à ordenação do espaço. Dessa forma, por meio da democratização das decisões – vinculada aos direitos políticos – permite-se que, em uma dimensão simbólica, os indivíduos se apropriem do espaço, sintam-se membros da comunidade em que vivem e se sintam retratados na e pela paisagem urbana.

O segundo sentido se vincula ao acesso aos bens – notadamente à terra urbana – e às redes de infraestrutura, de equipamentos urbanos, de espaços públicos e de serviços públicos e privados e às demais condições sociais, ambientais, econômicas etc[54]. Assim, por meio deste

---

[53] Afinal, o direito à cidade não abrange as diversas feições que cada um dos direitos fundamentais pode apresentar, mas, ele se restringe à realização dos direitos fundamentais com expressão ou impacto espacial.

[54] SAULE JÚNIOR, Nelson. *Capítulo III...*, p. 260; MATTOS, Liana Portilho. *Arts. 1º...*, p. 86; COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo...*, p. 175-176.

direito de acesso – relacionado aos direitos fundamentais em geral – criam-se condições de possibilidade para que os indivíduos possam atribuir um significado à cidade.

No discurso de justificação para a produção dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico sobre a propriedade urbana em geral, o direito à cidade sofre um novo processo de densificação. Neste processo, o interesse público urbanístico se apresenta como a função social urbanística.

Assim, este processo cria o regime jurídico aplicável a cada um dos imóveis urbanos de forma a que se realize a função social urbanística da propriedade sobre cada um destes bens, o que significa que este regime jurídico é construído em função da realização do direito à cidade. Isto é, a função social urbanística se vincula à realização dos direitos fundamentais com expressão ou impacto espacial naquilo que concerne ao regime jurídico da propriedade urbana.

Dessa forma, a função social da propriedade urbana apresenta duas acepções complementares. De um lado, ela se mostra como princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos imóveis urbanos, o qual define as prerrogativas proprietárias e não proprietárias, em razão de um fim que considera os interesses dos proprietários e os dos não-proprietários[55]. Lado outro, ela se apresenta como princípio da função social do imóvel urbano, segundo o qual, pragmaticamente, o exercício das citadas prerrogativas e a destinação de cada um dos imóveis urbanos deve realizar o elemento teleológico acima mencionado.

Estas digressões permitem afirmar que estes elementos estão em uma relação de densificação que envolve duas séries de encadeamentos. Pela primeira, tem-se uma relação de círculos concêntricos que, em ordem crescente reconhece a função social urbanística como uma densificação do direito à cidade e este como uma densificação do interesse público. Pelo segundo, há uma relação de meios e fins, segundo a qual, a função social urbanística é um meio para realizar o direito à cidade e este é um meio para realizar o interesse público[56].

Por um lado, estes encadeamentos mostram que a função social urbanística aproxima a propriedade urbana privada e a propriedade urbana pública e submete-as a textos jurídico-normativos de Direito Público e de Direito Privado em gradações diversas, segundo cada situação jurídica proprietária[57]. Por outro lado, porém, conforme Perlingieri[58], esta aproximação não significa identidade, pois, ambas as acepções da função social urbanística se

[55] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 49.
[56] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 66.
[57] Assim, em consonância ao que afirmou Isabel Vaz, todos os bens materiais que sejam suporte do direito de propriedade, independentemente da sua titularidade sujeitam-se à função social. (*Ibid.*, p. 8 e 155. No mesmo sentido: ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 118.)
[58] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 134-135, 142-145, 151 e 157-159.

apresentarão de forma distinta no caso de se estar diante da propriedade privada ou da propriedade pública.

No caso da propriedade urbana privada, a conformação e o exercício das prerrogativas proprietárias e a definição da destinação dos imóveis devem ser construídas de forma a permitir a adequação entre o interesse do proprietário e o interesse público urbanístico. Assim, geralmente, os proprietários são livres para escolher entre as várias destinações possíveis e admitidas pelo sistema jurídico aquela que melhor lhes aprouver, desde que ela seja apta a realizar a função social. Em razão desta necessidade de adequação é que se emprega a máxima: "a propriedade privada tem uma função social".

O sobredito mecanismo é o adotado pelos textos jurídico-normativos de direito urbanístico. Estes selecionam as destinações juridicamente válidas e o proprietário, livremente, emprega suas prerrogativas e destina o seu bem para atender àquela destinação válida que, para ele, atende da melhor forma ao seu interesse individual[59].

No caso da propriedade pública urbana, as duas acepções da função social são construídas em estreita conformidade à realização do direito à cidade. Neste sentido, "a propriedade pública urbana é uma função social"[60], pois os interesses dos não-proprietários – os titulares do interesse público – determinam a conformação e o exercício das prerrogativas proprietárias e a definição da destinação dos imóveis[61].

Dessa forma, o princípio da legalidade em suas duas versões – como estrita legalidade e juridicidade – atribui aos Entes Públicos uma competência discricionária menos ampla do que a liberdade dos indivíduos para definir a destinação adequada a ser dada aos seus bens. Ademais, o exercício de suas prerrogativas proprietárias se constituem como deveres-

---

[59] Esta seleção pode ocorrer de duas formas. Pela primeira, excluem-se dentre as várias destinações possíveis aquelas que são consideradas inadequadas à realização do direito à cidade naquela parte do território. Pela segunda, selecionam-se as destinações adequadas ao cumprimento daquele escopo. Todavia, nas hipóteses em que os textos jurídico-normativos reduzem a opção do proprietário a uma única alternativa, tem-se a intensificação da aproximação entre a propriedade pública e a propriedade privada, pois, esta última se sujeitará às diversas vinculações públicas.

[60] *Ibid*., p. 129-130.

[61] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 13-14; ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 160 et 171; PINTO, Victor Carvalho. *Direito*..., p. 159; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 16-17; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 50-52 e 129-130. Neste sentido, o Plano de Ação da Declaração de Vancouver no item *a*, da Recomendação D.4 afirma que: "*D.4 – Public ownership. a) Public ownership of land cannot be end in itself; it is justified in so far as it is exercised in favour of the common good rather than to protect the interests of the already privileged*". Em uma tradução livre: "D.4 – Propriedade pública. a) A propriedade pública sobre imóveis não pode ser um fim em si mesma; ela se justifica na medida em que é exercida em favor do bem comum, em vez de proteger os interesses já privilegiados". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Vancouver declaration on human settlements*. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The_Vancouver_Decla ration_1976.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.)

poderes, os quais são exercidos em função – em razão, para o benefício – dos não-proprietários. Outrossim, as prerrogativas não-proprietárias são mais extensas do que no caso da propriedade urbana particular, pois, os não-proprietários são destinatários e partícipes das decisões públicas quanto à destinação a ser atribuída àqueles bens[62].

Assim, como os Entes Públicos devem realizar o direito à cidade é-lhes garantido a propriedade dos bens públicos urbanos, o que se aproxima do velho adágio: "a quem é dado o dever de fazer algo, devem ser garantidos os meios e as prerrogativas aptas a realizar este mesmo dever". Portanto, afirmar que a justificativa da propriedade pública urbana é o interesse público não está incorreto, mas incompleto, pois, o que justifica esta espécie de propriedade é única e tão somente o interesse público urbanístico densificado na função social urbanística[63].

Consequentemente, a expressão função social da propriedade pública urbana não é um pleonasmo, como parece acreditar Rodotà, mas, expressa a sobredita relação de densificação e, portanto, cumpre dois importantes papéis. Ela legitima a propriedade pública urbana e, ao mesmo tempo, ela determina os possíveis significados do interesse público urbanístico no regime jurídico da propriedade pública urbana.

No que concerne ao papel de legitimadora da propriedade pública urbana, tem-se que esta forma de compreender a função social fornece alguns dos principais elementos que devem sustentar as construções doutrinárias e legislativas brasileiras sobre a matéria. Isto significa que as bases teóricas da função social têm, em relação à propriedade pública, um impacto diametralmente oposto àquele que apresentam na conformação da função social da propriedade privada.

No que concerne à propriedade pública, a Doutrina Social da Igreja Católica fornece apenas alguns elementos estruturais de exposição do princípio. Entre eles, tem-se, por exemplo, a já comentada dupla acepção da função social da propriedade pública urbana enquanto princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos imóveis públicos urbanos e enquanto princípio da função social do imóvel público urbano. Por sua vez, a concepção de Locke e seus sucessores tem um papel complementar e subsidiário, como ilustram os efeitos da ocupação de bens públicos por terceiros não-proprietários. Assim, como se depreende de toda a exposição

---

[62] Assim, ao se afirmar que a propriedade pública urbana é uma função social, tem-se que a proteção assegurada aos bens públicos não se justifica pela simples titularidade dos mesmos, mas, em razão da importância destes bens para a realização do interesse público urbanístico. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento*..., p. 40; BOBBIO, Norberto. *Da estrutura*..., p. 53.)

[63] Neste sentido, ao diferenciar a propriedade privada da propriedade pública, o professor Norbert Foulquier afirma que a segunda está condicionada pela finalidade atribuída aos Entes Públicos, porquanto, "*les personnes publiques n'ont d'autre raison d'être que de satisfaire l'intérêt général*". Em uma tradução livre: "as pessoas jurídicas de direito público não têm outra razão de ser diversa da satisfação do interesse público". (FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 12. No mesmo sentido: MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 149.)

realizada até aqui, a principal base teórica da função social da propriedade pública urbana é a concepção duguitiana acerca da "funcionalização" da propriedade[64].

A adoção da tese de Duguit como uma das principais bases teóricas da função social da propriedade pública retira qualquer possibilidade de identifica-la como totalitária/autoritária, como fazem os seus opositores. Neste caso, ela apresenta forte carga democratizante e humanista, pois, permite ligar a propriedade pública à realização do direito à cidade[65]. Dessa forma, os titulares dos direitos fundamentais de expressão ou impacto espacial são tomados como um fim em si mesmos, enquanto os Entes Públicos e a propriedade pública urbana são colocados como meios para realizar os mencionados direitos[66].

Neste sentido, o cumprimento da função social da propriedade pública urbana é um dever dos proprietários públicos. Este dever não se reduz à simples indicação nos textos jurídico-normativos de uma destinação pública ligada ao bem, mas, exige a realização de diversos atos concretos – de repercussão no plano fático – que satisfaçam/cumpram aquela destinação. Portanto, a propriedade pública urbana, enquanto uma propriedade-função, não é somente um direito dos Entes Públicos, mas, caracteriza-se, também, como um dever-poder atribuído a eles.

Consequentemente, a proteção jurídica conferida à propriedade pública e às prerrogativas de seu titular se sustentam na finalidade – no interesse público urbanístico – que deve ser realizado pelos Entes Públicos. Assim, o exercício destas prerrogativas e todo ato ou omissão do proprietário público e de quem esteja na posse do bem, somente terão validade e legitimidade jurídicas se estiverem em estreita conformidade ao citado escopo[67].

De uma só vez, a função social da propriedade pública urbana descontrói duas máximas populares comumente repetidas no Brasil e demonstra a carga retórica das mesmas. Por meio da primeira máxima, afirma-se que "os bens públicos não são de ninguém" e, conforme a segunda, "os bens públicos pertencem a todos".

Todavia, ao se reconhecer que a relação de pertença dos bens públicos urbanos tem natureza jurídica proprietária, afasta-se qualquer identificação dos citados bens como *res nullius*, já que a titularidade dos mesmos é atribuída aos Entes Públicos. Consequentemente, a

---

[64] Embora Duguit tenha construído sua teoria com foco na propriedade privada, as apropriações apresentadas acima denotam que a sua construção fornece importantes elementos explicativos sobre o atual delineamento da propriedade pública urbana no Brasil.

[65] Conforme Isabel Vaz, se, para Duguit, a propriedade privada é uma função social, "com mais razão há de entender-se vinculado o patrimônio do Estado, em virtude de uma nova interpretação de suas finalidades e da submissão de todas as propriedades a uma função social". (VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 323, 329 e 494.)

[66] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 154-155 e 158-159.

[67] *Ibid.*, p. 71-74, 148-149, 158-159, 160-163 e 165-169.

primeira máxima expressa a omissão dos proprietários públicos no que concerne às condutas que decorrem da função social. Afinal, muitas vezes, os Entes Públicos brasileiros não atribuem uma destinação adequada aos seus bens e não exercem adequadamente as suas prerrogativas proprietárias.

Por sua vez, a segunda máxima também é desprovida de sustentação no sistema jurídico brasileiro. Em geral, o direito brasileiro somente admite que entes dotados de personalidade jurídica sejam proprietários de bens, assim, o povo, enquanto grupo social despersonalizado não reúne os requisitos básicos que autorizariam reconhece-lo como proprietário de qualquer bem. Isto é, afastou-se a identificação entre propriedade pública e propriedade comum, já que o sistema jurídico adotou a técnica proprietária como meio de proteger os bens que beneficiam toda a coletividade[68].

Dessa forma, a segunda máxima tem uma carga retórica que objetiva salientar a função social como direito fundamental de titularidade de cada um dos não-proprietários. Os bens públicos devem ser aplicados em atividades consonantes aos direitos fundamentais de titularidade dos indivíduos, o que impõe ao proprietário público o dever de exercer suas prerrogativas proprietárias em consonância à citada finalidade. Assim, a consequência da funcionalização é legitimar os titulares da função social a protegerem os citados bens e exigirem a adequação das condutas dos proprietários públicos à mencionada função social.

Como se afirmou acima, o segundo papel importante da função social é a determinação dos possíveis significados do interesse público urbanístico no regime jurídico da propriedade pública urbana. Todavia, a demonstração deste segundo papel exige que se analisem os instrumentos de aquisição e alienação de bens pelos Entes Públicos.

2.2.1.1 Aquisição e alienação dos bens públicos urbanos

Os possíveis significados da função social da propriedade pública urbana podem ser obtidos a partir da investigação dos instrumentos de aquisição e alienação dos bens públicos urbanos. Isto porque, a maior parte dos instrumentos de aquisição exigem que o adquirente público indique qual a destinação específica que será atribuída ao bem. Em sentido aproximado, todos os instrumentos de alienação de bens públicos exigem que os proprietários públicos

[68] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 205 e 208-209.

demonstrem que a alienação destes bens está de acordo com o direito à cidade. Assim, a conjugação destes dois elementos demonstra que a manutenção da propriedade pública sobre um bem somente se justifica por uma das razões textualmente prescritas nos textos jurídico-normativos referentes à matéria.

Todavia, algumas observações iniciais devem ser realizadas no que concerne, principalmente, aos instrumentos de aquisição. A primeira observação se refere às destinações dos instrumentos de alienação e dos instrumentos de aquisição vinculados a um objetivo específico. Ressalvados os instrumentos prescritos pelos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico, os demais podem ser empregados para diversas finalidades públicas, algumas das quais não se relacionam à realização do direito à cidade. Contudo, aqui, examinar-se-ão somente as destinações vinculadas à efetividade do citado elemento teleológico.

A segunda observação se prende ao fato de que nem todos os instrumentos de aquisição exigem a demonstração de uma finalidade pública específica que justifique a apropriação pública do bem. Em regra, estas formas de aquisição se caracterizam por não dependerem de qualquer ato volitivo dos Entes Públicos, como ilustra o caso dos bens deixados por proprietários sem herdeiros, os quais se tornam bens públicos por determinação legal. Porém, a alienação dos bens adquiridos por estes instrumentos exige que se demonstre que não há possibilidades de eles serem empregados para atender os escopos insertos nas competências dos citados Entes Públicos, o que denota a razão de se analisarem os instrumentos de alienação.

Outra observação se refere à competência dos Entes Públicos para aplicar os instrumentos de aquisição. Em linhas gerais, os instrumentos criados pelos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico somente podem ser adotados pelos Municípios que tenham criado os seus planos diretores. Por sua vez, os instrumentos criados por textos jurídico-normativos de outros ramos do Direito podem ser empregados pelos diversos Entes Públicos e, alguns deles, pelos delegatários destas pessoas jurídicas de direito público.

A quarta observação se liga aos casos em que os bens adquiridos para realizar uma determinada finalidade pública sejam empregados, de fato, em outra atividade realizadora do direito à cidade. Esta possibilidade encontra seu fundamento na mutabilidade do interesse público e é uma regra geral nos instrumentos de aquisição criados pelo Direito Administrativo brasileiro, como se verifica, por exemplo, com a desapropriação. Porém, no Direito Urbanístico brasileiro, esta hipótese é excepcional, pois, em regra, a finalidade que levou à aquisição de um bem deve ser realizada, o que impede que os Municípios empreguem os bens para outros escopos, como ilustra o regramento do direito de preempção.

Enfim, a última observação se refere à vinculação dos instrumentos de alienação dos bens públicos urbanos à realização do direito à cidade. Em alguns casos, a alienação destes bens se justifica porque os mesmos não se prestam ao atendimento de nenhuma finalidade pública e, portanto, a propriedade sobre eles pode ser transferida a terceiros, a quem competirá o cumprimento da função social. Em outros casos, a aquisição de alguns bens pelos Entes Públicos somente se justifica porque estes bens devem ser transferidos a terceiros que os empregarão para atender interesses privados com lastro no direito à cidade. Esta última hipótese pode ser ilustrada pela desapropriação para a instalação de um loteamento destinado à população de baixa renda, em que cada unidade imobiliária será transferida aos futuros moradores desta área.

Expostas todas estas observações, tem-se os elementos iniciais para a análise dos diversos instrumentos de aquisição e alienação dos bens públicos urbanos. Assim, primeiramente, analisar-se-ão as formas de aquisição que exigem a demonstração das finalidades que serão atribuídas aos bens. Em seguida, examinar-se-ão as demais formas de aquisição. Enfim, investigar-se-ão os instrumentos de alienação dos bens públicos urbanos.

2.2.1.1.1 Formas de aquisição cujos fins são definidos expressamente pelo direito positivo

As formas de aquisição que exigem a indicação da finalidade a serem atribuídas aos bens são a investidura, as desapropriações em geral, o direito de preempção, a transferência do direito de construir, o consórcio imobiliário, a compra, a permuta e a doação. Além destas formas, o ordenamento jurídico contém casos de aquisição *ex vi legis*, por meio dos quais, os textos jurídico-normativos prescrevem que determinados bens serão transferidos aos Entes Públicos para atenderem às finalidades específicas previamente prescritas.

Assim, estas formas de aquisição podem ser divididas em três grupos. O primeiro abarca as formas de aquisição regidas pelo Direito Público, no qual se inserem os instrumentos de Direito Administrativo e de Direito Urbanístico acima citadas. O segundo grupo abrange as chamadas “formas de aquisição regidas pelo Direito Privado”, as quais abarcam a compra, a permuta e a doação. O terceiro grupo engloba as formas de aquisição *ex vi legis* e a usucapião.

2.2.1.1.1.1 As formas de aquisição regidas pelo Direito Público

Uma das formas de aquisição de bens públicos regidas pelo Direito Público é a investidura, que também se configura como uma forma de alienação destes bens. O §3º, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve duas situações distintas denominadas de investidura.

Conforme o inciso I, do citado §3º, "a área remanescente ou resultante de obra pública" e que não puder ser aproveitada isoladamente poderá ser adquirida pelos proprietários dos imóveis lindeiros à sobredita intervenção. Dessa forma, se outra pessoa jurídica de direito público for proprietária de um imóvel vizinho à citada obra pública, ele também poderá adquirir a mencionada área remanescente ou resultante. Ademais, conforme o citado inciso I, o valor da área a ser alienada não poderá ser "inferior ao da avaliação" do imóvel e não poderá ultrapassar a metade do valor indicado na alínea *a*, do inciso II, do artigo 23, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos[69].

Neste caso, o Ente Público que adquirir a área deverá incorporá-la ao seu imóvel localizado ao lado da área que sofreu a intervenção. Consequentemente, a nova área adquirida deverá seguir a mesma destinação do imóvel que já pertencia ao Ente Público adquirente.

O inciso II, do mencionado §3º, prescreve que os Entes Públicos poderão adquirir de outras pessoas jurídicas de direito público imóveis destinados a "fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas". Todavia, esta aquisição somente será possível se os imóveis residenciais forem "considerados dispensáveis na fase de operação" das usinas e desde que eles não "integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão". Assim, os citados imóveis se destinam aos fins da política habitacional, isto é, à fixação dos indivíduos nos citados imóveis e que os empregarão para exercer o seu direito à moradia.

As desapropriações são os principais e mais tradicionais instrumentos de Direito Público para a aquisição de imóveis pelos Entes Públicos. Todavia, a centralidade destes instrumentos não decorre apenas da tradição.

O sistema jurídico brasileiro criou um vasto rol de possibilidades em que as desapropriações podem ser aplicadas, o que denota que elas são um importante "instrumento

[69] A alínea *a*, do inciso II, do artigo 23, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve: "Art. 23 – As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...) II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite – até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)". Consequentemente, o valor do imóvel não poderá superar R$40.000,00 (quarenta mil reais).

de execução" das mais diversas finalidades públicas urbanísticas[70]. Por esta razão, na prática, as finalidades que justificam a adoção dos instrumentos de aquisição de bens pelos Entes Públicos estão compreendidas nas finalidades que os autorizam a desapropriar imóveis urbanos[71]. Isto é, as finalidades das desapropriações sintetizam todas as demais finalidades que justificam a aquisição de bens pelos Entes Públicos.

As desapropriações são formas de aquisição originária de bens públicos e se caracterizam pelo caráter compulsório da transmissão do bem[72]. Nestes casos, os Entes Públicos ou os concessionários de serviços públicos declaram que um bem de propriedade alheia é fundamental para atender a uma necessidade pública específica ou a um interesse social específico e, por esta razão, ele deve se tornar propriedade do Ente Público. Em contrapartida, a citada pessoa jurídica de direito público deverá pagar ao proprietário do imóvel uma indenização prévia, justa e em dinheiro.

Os principais textos jurídico-normativos que tratam das desapropriações no ordenamento jurídico brasileiro são o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, e a Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962. O primeiro prescreve os casos de desapropriação por necessidade e utilidade pública, enquanto a sobredita lei prescreve os casos de desapropriação por interesse social[73]. Ambas as modalidades podem ser empregadas por qualquer pessoa

---

[70] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 415 e 423

[71] O surgimento de vários destes instrumentos se justifica como meios de aperfeiçoar a aquisição de bens pelos Entes Públicos. Por exemplo, os instrumentos que possibilitam a negociação entre os proprietários e os Entes Públicos e garantem a maior participação dos primeiros na celebração do negócio objetivam afastar o caráter unilateral e impositivo da desapropriação. Neste sentido insere-se, por exemplo, o direito de preempção. (PEREIRA, Vítor Pimentel. *O direito de preempção urbanístico*: seus contornos e controvérsias. 2010. Trabalho apresentado na disciplina de Direito da Cidade do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mestrado em Direito da Cidade). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 12 e 31.)

[72] Conforme Vasco Rodrigues, a desapropriação e a usucapião são as duas principais formas de transferência não consentida da propriedade privada. Conforme ele, a desapropriação se justifica em razão de os Entes Públicos necessitarem adquirir bens, ainda que sem o consentimento dos seus proprietários, para realizar atividades insertas na noção de interesse público. Ademais, segundo o autor, em termos econômicos, a aquisição compulsória se apresenta como uma medida que reduz os custos de transação envolvidos na aquisição destes bens e permite a realização célere das citadas atividades. Todavia, por se configurar como uma medida unilateral que contrariava os pressupostos liberais, este instrumento foi estruturado de forma a somente poder ser aplicado em hipóteses taxativamente prescritas em lei e mediante a reparação econômica do proprietário. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 65, 69, 73-75 e 82.)

[73] A doutrina produziu noções que objetivam distinguir os casos de desapropriação por utilidade pública, por necessidade pública e por interesse social. Segundo estas construções teóricas, os casos de desapropriação por interesse social se referem ao atendimento das necessidades das camadas pauperizadas para, assim, reduzir as diferenças sociais.

Os casos de necessidade pública se relacionam a problemas urgentes que somente podem ser solucionados mediante a transferência compulsória do imóvel aos Entes Públicos. Por sua vez, a utilidade pública abrange os casos em que a transferência do imóvel ao Ente Público é conveniente para que ele realize as finalidades que são de sua competência. Não obstante esta diferença entre necessidade e utilidade pública, o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, reuniu ambas as hipóteses, tornando-as sinônimas, e aplicando-lhes as mesmas regras e procedimentos.

jurídica de direito público e por seus delegatários – neste caso, desde que esta medida seja necessária ao exercício das atribuições que lhes foram delegadas.

Ademais, uma vez realizada a desapropriação, o Ente Público ou seu delegatário deverá empregar o bem para atender à finalidade que motivou a desapropriação em um determinado lapso temporal. No caso da desapropriação por interesse social, este prazo é de dois anos a partir da decretação, sob pena de operar-se a retrocessão, nos termos fixados pelo artigo 3º, da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962.

No caso da desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública, este lapso temporal está sujeito a controvérsias doutrinárias devido à redação do artigo 10 do mencionado Decreto-Lei. Este prescreve que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública caducará em cinco anos, contados da expedição do decreto desapropriatório. Assim, alguns entendem que vencidos estes cinco anos sem que o bem seja efetivamente empregado para atender a uma finalidade pública operar-se-á a retrocessão. Porém, para outros o Decreto-Lei não foi explícito e, portanto, não cabe a retrocessão de bens desapropriados por necessidade ou utilidade pública.

Não obstante as controvérsias, o §3º, do artigo 182, da Constituição, e o inciso V, do artigo 4º, do Estatuto da Cidade, prescrevem que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social se inserem entre os instrumentos de direito urbanístico. Neste caso, estas modalidades de desapropriação são empregadas para realizar um dos fins da política urbana prescritos nos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico.

O artigo 5º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, prescreve as causas jurídicas que podem ensejar a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Assim, os imóveis urbanos adquiridos com base neste Decreto-Lei podem se destinar à política de segurança pública, o que abarca a segurança contra inimigos externos, o "socorro público em caso de calamidade" e a melhoria das condições de "salubridade". Neste último sentido, eles podem ser utilizados para a instalação de áreas verdes e para atender às políticas de "assistência pública", por meio da realização de "obras de higiene e decoração" e da instalação de "casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais".

Ademais, eles podem se destinar ao "aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica" e para outras finalidades ligadas ao desenvolvimento econômico. Neste sentido, eles podem ser parcelados e/ou edificados de forma a proporcionar a sua "melhor utilização econômica, higiênica ou estética", bem como para a instalação ou ampliação de distritos industriais[74]. Eles podem ser empregados na

[74] Sobre a criação e/ou ampliação de distritos industriais, os §§1º e 2º, do artigo 5º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, prescrevem: "Art. 5º – (...) §1º – A construção ou ampliação de distritos industriais, de que

instalação e no "melhoramento" de núcleos populacionais e na criação de condições de "abastecimento regular de meios de subsistência" para os habitantes destes núcleos.

Eles podem se destinar, ainda, à instalação de "vias ou logradouros públicos" e para outras atividades relacionadas ao "funcionamento dos meios de transporte coletivo", como a construção de aeroportos e de campos de pouso de aeronaves. Eles podem ser empregados na instalação de redes de serviços, equipamentos e infraestruturas públicas e nas demais atividades prescritas nos planos urbanísticos[75]. Eles podem se destinar à "exploração ou a conservação dos serviços públicos", bem como à instalação de "edifícios públicos", de "monumentos comemorativos" e de "cemitérios". Eles podem ser empregados, ainda, à instalação de equipamentos de lazer como, por exemplo, "estádios" esportivos.

Além disso, eles podem se destinar à "preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos" que estejam instalados sobre estes imóveis. Eles também podem se destinar à "proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza". Dessa forma, a tutela do ambiente natural ou construído pode exigir que os bens públicos circundantes sejam empregados para proteger os bens dignos de conservação em razão de fatos históricos, artísticos, paisagísticos etc e para realçar os aspectos mais valiosos ou característicos deles.

Por sua vez, o artigo 2º, da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, prescreve as causas jurídicas que ensejam a desapropriação por interesse social. Nestes casos, os bens adquiridos poderão se destinar para garantir a fixação e a segurança jurídica dos ocupantes de terrenos urbanos e para a "construção de casas populares". Eles também podem ser empregados

---

trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas. §2º – A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação".

[75] O artigo 4º do sobredito Decreto-Lei prescreve, ainda, uma outra espécie de desapropriação urbanística: a desapropriação por zona ou extensiva. Nesta modalidade, confere-se ao Ente Público ou aos seus delegatários a competência para desapropriar as terras necessárias à continuidade ou ampliação de obras públicas. Confere-se, ainda, a atribuição para se desapropriarem as áreas que sofrerão valorização imobiliária extraordinária em razão das intervenções públicas, as quais, posteriormente, destinar-se-ão a revenda. (DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Op. cit.*, p. 78 e 84; SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 422-423; HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 421.)
Neste sentido, prescreve a atual redação do artigo 4º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941: "Art. 4º – A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda. Parágrafo único – Quando a desapropriação destinar-se à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada, o edital de licitação poderá prever que a receita decorrente da revenda ou utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do concessionário, garantido ao poder concedente no mínimo o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade".

para impedir que o mais-valor decorrente de "obras e serviços públicos" seja capturado por terceiros. Eles também podem se destinar para a realização de obras ou para a prestação de serviços públicos, por exemplo, obras de "saneamento", de construção de "portos", da instalação de redes de "transporte, eletrificação, armazenamento de água" e de "irrigação". Outrossim, eles podem ser empregados na "proteção do solo", na "preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais". Eles também podem ser utilizados para a instalação e fomento de "atividades turísticas", desde que os imóveis apresentem potencialidades de serem explorados para este fim.

Em ambas as modalidades de desapropriação o Ente Público ou o delegatário que declarou o bem como relevante para atender a uma finalidade pública específica poderá, em alguns casos, emprega-lo para atender a outro escopo público. Como se afirmou, esta possibilidade decorre da mutabilidade do interesse público, porém, ela se sujeita a algumas limitações. Por exemplo, nem todas as causas que motivam a desapropriação podem ser alteradas posteriormente[76].

Ademais, a substituição de uma finalidade de interesse social por outra de necessidade ou utilidade pública amplia o prazo para a ocorrência da retrocessão, o que pode prejudicar o antigo proprietário do imóvel. Assim, embora a substituição de causas de necessidade ou utilidade pública por outras de interesse social sejam, *a priori*, legítimas, o inverso é vedado, pois macula as garantias atribuídas ao proprietário original do imóvel[77].

Além destas modalidades tradicionais, a Constituição prescreveu duas outras hipóteses de desapropriação de bens urbanos. O artigo 243, em sua atual redação prescreveu que os imóveis urbanos onde se encontrem plantações ilegais de "plantas psicotrópicas" ou onde se verifique a "exploração de trabalho escravo" serão confiscadas. Isto é, o proprietário não terá direito de receber qualquer espécie de indenização[78].

---

[76] Neste sentido, o §3º, do artigo 5º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, prescreve: "Art. 5º – (...) §3º – Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão".

[77] Entretanto, pode ocorrer que em casos específicos esta substituição – causas de interesse social por causas de necessidade ou utilidade pública – possa ser considerada legítima, o que impõe ao Ente Público ou seu delegatário um grande ônus argumentativo para justificar esta operação.

[78] O artigo 243, da Constituição, em sua atual redação, prescreve: "Art. 243 – As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único – Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei".

Nestes casos, os imóveis confiscados se destinarão a "programas de habitação popular" e os demais bens apreendidos nestes imóveis deverão compor um fundo especial para custear a destinação acima indicada. Dessa forma, esta modalidade de desapropriação – melhor seria denomina-la de confisco – está imune às mudanças fáticas que poderiam justificar uma alteração na destinação a ser atribuída aos bens adquiridos.

Por fim, tem-se o inciso III, do §4º, do artigo 182, da Constituição da República, que prescreve a desapropriação por descumprimento da função social da propriedade privada. Conforme o citado §4º, os Municípios que criaram seus planos diretores fixarão áreas do seu território nas quais os imóveis não-edificados, subutilizados e/ou não-utilizados serão objetos de medidas que objetivem estimular os seus proprietários a alterarem estes comportamentos. A primeira medida é o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e, se estas medidas não surtirem efeitos, o Município aplicará o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo. Passados cinco anos de aplicação do imposto progressivo, se o proprietário não houver alterado o seu comportamento, aplicar-se-á a citada desapropriação, cuja indenização se submeterá a regras especiais[79].

Dessa forma, esta modalidade de desapropriação discrepa das demais. Ela somente pode ser empregada pelos Municípios que tenham elaborado os seus planos diretores e somente se aplicam a bens que sejam objeto de propriedade privada. Ela somente pode ser aplicada depois da adoção de todas as medidas prévias que objetivam alterar o comportamento dos proprietários[80]. Ademais, o pagamento da indenização não será prévio e em dinheiro, mas, far-se-á por meio de títulos da dívida pública, cuja emissão será previamente autorizada pelo Senado Federal, e que somente poderão ser resgatados em dez anos[81].

---

[79] O §4º, do artigo 182, da Constituição, prescreve: "Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) §4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".

[80] Neste sentido, como recorda Clóvis Beznos, esta modalidade de desapropriação se vincula à realização da regra contida na alínea *e*, do inciso VI, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, que prescreve: "Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: (...) e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização". (BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 129.)

[81] Por esta razão, o §3º, do artigo 8º, do Estatuto, prescreve que os títulos da dívida pública decorrentes desta modalidade de desapropriação não poderão ser objeto de compensação tributária. Afinal, conforme recorda,

Esta modalidade de desapropriação transfere aos Municípios o dever de cumprir a destinação atribuída ao bem e que, até aquele momento, competia ao proprietário. Neste sentido, os §§4º, 5º e 6º, do artigo 8º, do Estatuto da Cidade, prescrevem que o "aproveitamento do imóvel" será realizado pelo Município, por seus delegatários ou pelo adquirente, em até cinco anos, contados da incorporação do bem ao patrimônio municipal[82].

Em todas estas hipóteses, as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização que ensejaram a aplicação desta modalidade de desapropriação se manterão. Estes imóveis deverão ser loteados ou desmembrados, reservando-se áreas para que os Municípios instalem as redes de serviços, infraestruturas e equipamentos públicos – no caso dos loteamentos.

Em todos os casos, as unidades imobiliárias existentes ou produzidas terão sua propriedade transferida a terceiros, de forma gratuita ou onerosa, conforme seja o perfil da população, em consonância à política habitacional. Estas unidades imobiliárias também poderão manter-se na propriedade dos Municípios e eles outorgarão títulos de uso privativo destes bens para terceiros. Estes títulos poderão ser outorgados de forma gratuita ou onerosa, conforme os parâmetros fixados na política habitacional.

Assim, tem-se que a destinação que levou à aquisição destes bens não poderá ser alterada, o que denota outra diferença entre a desapropriação por descumprimento da função social e os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Apesar disso, tem-se que em todas as modalidades de desapropriação citadas é possível que a realização do escopo que ensejou a desapropriação exija que o bem adquirido seja,

---

Victor Carvalho Pinto, a vedação à compensação impede que "os títulos sejam resgatados indiretamente antes de seu vencimento, prática que tem originado problemas no campo da reforma agrária". (PINTO, Victor Carvalho. Seção IV: da desapropriação sanção. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 148.)

[82] Dessa forma, ainda que o bem seja transferido a terceiro, caberá a ele executar as atividades no lapso temporal acima indicado, o que impõe ao Município ou seus delegatários o dever de fiscalizar e exigir o cumprimento da citada obrigação *propter rem*. (GUIMARAENS, Maria Etelvina B.. *Op. cit.*, p. 129; FREITAS, José Carlos de. Capítulo V: Disposições gerais. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 368; FIGUEIREDO, Marcelo. O Estatuto da cidade e a lei de improbidade administrativa. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 382-383.) Todavia, a doutrina ainda não é pacífica acerca das consequências que decorrem do descumprimento desta regra. Para alguns autores, o descumprimento confere ao antigo proprietário do imóvel o direito à retrocessão. Para outros, a retrocessão não se aplica à hipótese da desapropriação pelo descumprimento da função social. (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 115-116.)

Não obstante a divergência doutrinária, tem-se que o Estatuto da Cidade considera o descumprimento da citada regra um ilícito que se configura como caso de improbidade administrativa, nos termos do inciso II, do artigo 52, que prescreve: "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 n. 8.429, de 02 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".

posteriormente, alienado a terceiro. Nestas hipóteses, o Ente Público realizará melhoramentos nos imóveis ou nas áreas em que eles se situam e transferirá os imóveis[83] ou o direito de uso destes a terceiros, competindo a estes empregarem o bem em consonância à função social[84].

O Estatuto da Cidade, por meio do artigo 46, criou o consórcio imobiliário. Originalmente, este instrumento objetivava atingir os proprietários de imóveis atingidos pelos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição, e que não tivessem condições financeiras de cumprir a função social do seu imóvel[85]. Porém, a atual redação do artigo 46 ampliou este escopo para abranger, também, imóveis que sejam objeto de regularização fundiária. De qualquer forma, este instrumento de aquisição tem sido compreendido como um meio de o Município alcançar o desenvolvimento urbano local, sem despender grande quantidade de recursos públicos[86].

Por meio do consórcio imobiliário, o proprietário transfere o seu imóvel ao Município[87] para que este, em cinco anos, utilize-o na execução de "planos de urbanização, de

---

[83] Conforme Victor Carvalho Pinto, este é o caso da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana privada. Para ele, as unidades imobiliárias produzidas deverão "retornar ao mercado, pois, o pressuposto do instituto é a existência de 'demanda para utilização' (artigo 42, I) da infraestrutura existente". Neste sentido, ele compreende que esta modalidade de desapropriação se apresenta como um caso de intervenção direta do Município no domínio econômico. (PINTO, Victor Carvalho. *Seção IV...*, p. 146-147.)

[84] Está-se diante do que José Afonso da Silva denominou de ciclo da "aquisição-urbanificação-alienação", por meio do qual, o Ente Público tem o "dever de reprivatização" dos imóveis adquiridos, após a realização das intervenções que atribuam aos bens as condições adequadas de uso, em conformidade ao direito à cidade. Todavia, como salienta o autor, atualmente, o "dever de reprivatização" não exige que a propriedade do bem seja transferida a terceiro. Muitas vezes, conforme as especificidades do caso concreto, os bens devem permanecer como propriedade do Ente Público, outorgando-se aos indivíduos somente o direito de uso dos mesmos, o que permitirá que o Ente Público contenha os processos de gentrificação e influencie o mercado fundiário urbano. (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 414-416, 423 e 246. Em sentido aproximado: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 25-26.)

[85] "Deste modo entendemos que o consórcio imobiliário urbanístico será licitamente utilizado para urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, sob pena de evitar a 'justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização', diretriz insculpida no inciso IX do artigo 2º, do Estatuto da Cidade.
Nesse passo, vislumbra-se a utilização do consórcio imobiliário em conjunto com as zonas especiais de interesse social (*ZEIS*) para a regularização fundiária de áreas pertencentes às comunidades e grupos sociais menos favorecidos, para os quais a imposição de parcelamento e edificação compulsórios, pelos elevados custos, torna quase impossível seu cumprimento, especialmente a ordem de loteamento, espécie de parcelamento.
Ao contrário, se o consórcio imobiliário urbanístico for utilizado para beneficiar proprietários de lotes urbanos com alta renda, ou ao menos com renda compatível a cumprir a imposição de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios – o exame de cada caso concreto será importantíssimo –, há inegável ofensa ao princípio da moralidade e, portanto, ilicitude a ser declarada pelo Judiciário". (CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *O consórcio imobiliário como instrumento de intervenção urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 149-150.)

[86] *Ibid*., p. 100 e 123-126. Em sentido semelhante: DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Op. cit.*, p. 86.

[87] Conforme José Carlos de Freitas, o vocábulo "transferência" deve ser interpretado em sentido técnico – o que implica em registrar a escritura pública de transferência no Cartório de Registro de Imóveis competente. Sem este registro, as obras realizadas pelo Município se caracterizarão como atos de improbidade administrativa, nos termos do inciso XIII, do artigo 10, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que prescreve: "Art. 10 – Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço

regularização fundiária ou de reforma, conservação ou construção de edificação". Após realizadas estas obras, o Município transfere ao antigo proprietário, "como pagamento" pelo imóvel transferido, uma quantidade de "unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas"[88], cujo preço corresponda ao "valor do imóvel antes da execução das obras"[89].

Como a celebração do consórcio imobiliário é uma alternativa à aplicação dos instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição, tem-se que os bens obtidos pelo Município por meio deste instrumento se destinarão às mesmas finalidades anteriormente citadas. Isto é, os imóveis deverão ser parcelados, edificados e/ou utilizados em consonância ao que prescreve o plano diretor municipal, o que, muitas vezes, exigirá que eles sejam reformados ou sofram intervenções para a sua conservação. Entre estas finalidades, o §1º, do artigo 46, salienta que estes imóveis deverão ser empregados na execução dos planos de urbanização e de regularização fundiária.

Não obstante, a desapropriação prescrita pelo artigo 8 e o consórcio imobiliário prescrito pelo artigo 46, ambos do Estatuto da Cidade, encontram inúmeros obstáculos que impedem a aplicação destes instrumentos. Entre estes obstáculos, podem-se citar: a carência de recursos financeiros destinados à realização da política urbana; a falta de capacidade institucional dos municípios para aplicar adequadamente os citados instrumentos; a pouca importância atribuída à política urbana pelos municípios etc.

O artigo 25, do Estatuto, confere aos Municípios que tenham elaborado seu plano diretor a prerrogativa de exercer o direito de preempção em áreas definidas em lei especial decorrente do citado documento de urbanismo. Este instrumento atribui ao Município o direito de preferência na "aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares"[90].

---

particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades". (FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 338-339.)

[88] Conforme o §2º, do artigo 46, o valor das unidades imobiliárias a serem transferidas aos proprietários como contraprestação corresponderá ao "valor do imóvel antes da execução das obras". Ademais, consoante o §3º, deste mesmo artigo, a celebração do consórcio imobiliário não exime os proprietários e os seus sucessores "das responsabilidades administrativa, civil ou criminal" pela "formação de núcleos urbanos informais".

[89] Assim, os parâmetros legais para o cálculo do valor das unidades imobiliárias a serem entregues ao antigo proprietário do imóvel objetivam preservar os recursos financeiros municipais e, ao mesmo tempo, vedar o enriquecimento se causa de ambas as partes envolvidas no citado negócio jurídico. (CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Op. cit.*, p. 136-144 e 153-154.)

[90] Neste sentido, Diógenes Gasparini define o direito de preempção como "o direito assegurado por lei ao Município, nas mesmas condições de preço e pagamento, de ser preferido quando o proprietário de imóvel urbano situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor e sujeito ao regime da preempção se dispuser por vontade própria a aliená-lo onerosamente a particular ou se dispuser a aliená-lo, nessas condições a terceiro em razão do recebimento formal de proposta de compra e venda". (GASPARINI, Diógenes. Direito de preempção. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 197.)

Assim, para José Afonso da Silva, o direito de preempção permite que, paulatinamente, os Municípios controlem os "terrenos urbanos, sem quebra de prioridades mais urgentes a serem atendidas"[91].

Segundo o artigo 26, os imóveis adquiridos por meio do direito de preempção se destinarão à "regularização fundiária", à "execução de programas e projetos habitacionais de interesse social" e à "constituição de reserva fundiária". Estes imóveis também se destinarão a ordenar e/ou direcionar a "expansão urbana" e à "implantação de equipamentos urbanos e comunitários". Ademais, o direito de preempção também poderá ser empregado como meio de viabilizar as políticas municipais de lazer e de preservação ambiental. Nestes casos, os imóveis se destinarão, à "criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes", à "criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental" e à "proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico".

Conforme o parágrafo único do artigo 26, a lei que selecionar as áreas em que incidirá o direito de preempção deverá inserir cada uma destas áreas em uma ou mais finalidades acima descritas[92]. Isto significa que, no Brasil, o Município não poderá, após a aquisição do imóvel, modificar a sua destinação[93].

---

[91] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 403. Em sentido aproximado: OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. Direito de preempção. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 193; OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. Seção VIII: do direito de preempção. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 191; GASPARINI, Diógenes. *Direito de preempção...*, p. 219..

[92] Para Régis Fernandes de Oliveira, os artigos 25 e 26 do Estatuto, prescrevem uma estreita vinculação entre as hipóteses em que se aplicarão o direito de preempção e o plano diretor municipal, pois, o citado instrumento de aquisição se configura como um instrumento de execução das determinações do documento urbanístico. Assim, a competência discricionária do agente público se resume a optar se adquirirá ou não o imóvel por meio do direito de preempção, nas condições de preço determinadas entre o vendedor e o comprador. Por sua vez, os demais aspectos devem estar expressamente prescritos no plano diretor, em consonância às regras gerais do Estatuto da Cidade. Assim, o gestor público não terá, *a priori*, competência para selecionar as causas que justificarão o exercício do direito de preempção, a área em que ele será aplicado, o procedimento que será adotado etc. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 76-77. No mesmo sentido: FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 370-372; PEREIRA, Vítor Pimentel. *Op. cit.*, p. 11; GASPARINI, Diógenes. *Direito de preempção...*, p. 203, 208 e 220-221; OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Direito de preempção...*, p. 191; OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Seção VIII...*, p. 190-191.)

[93] Para possibilitar a alteração da destinação, alguns autores propõem que as leis municipais que instituírem o direito de preempção devem prescrever "todas as finalidades contidas no Estatuto da Cidade, abrindo o leque de opções ao Administrador público para escolher a alternativa que mais se amolde ao interesse público e às necessidades urbanísticas, ambientais ou sociais do momento". (FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 372.)
Em alguns casos, áreas determinadas do território urbano apresentarão características socioeconômicas, físicas etc que justificarão que as leis municipais prescrevam que o direito de preempção deverá ser aplicado com fundamento em todas as finalidades prescritas no Estatuto da Cidade. Todavia, isto não pode se constituir como uma regra geral, sob pena de uma aplicação do ordenamento jurídico contra si mesmo, o que se identifica como uma espécie de desvio de finalidade. (OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Seção VIII...*, p. 193; GASPARINI, Diógenes. *Direito de preempção...*, p. 209.)

Apesar das vantagens decorrentes da adoção do direito de preempção, este instrumento ainda não foi devidamente aplicado no Brasil. Os principais obstáculos à sua aplicação são a falta de recursos financeiros destinados à política urbana e a pouca importância atribuída a ela pelos municípios. Ademais, esta pouca utilização pode ser explicada, por exemplo, pela desatualização das bases cadastrais municipais, as quais não refletem o real valor de mercado dos bens. Pode-se mencionar, ainda, a tradição autoritária dos processos decisórios da esfera pública brasileira, a qual é mais afeita à utilização de instrumentos como a desapropriação.

O artigo 35, do Estatuto da Cidade, prescreve a transferência do direito de construir. Conforme o *caput* e o §1º, deste artigo, este instrumento urbanístico também se configura como um mecanismo de aquisição de bens públicos pelos Municípios que tenham elaborado os seus planos diretores.

Por meio deste instrumento, os proprietários de imóveis urbanos públicos ou privado entregarão um ou mais imóveis ao Município. Em contrapartida, eles receberão o direito de "exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente"[94]. Os direitos adquiridos pelos antigos proprietários dos imóveis deverão ser exercidos em áreas previamente identificadas pelo Município para fomentar a expansão urbana ordenada e evitar a sobrecarga das redes de infraestrutura, serviços e equipamentos públicos[95].

---

[94] Para controlar as diversas operações decorrentes do título que outorgar a transferência do direito de construir, José Carlos de Freitas sugere que o potencial construtivo contido no título seja averbado no Cartório de Registro de Imóveis competente. Dessa forma, a conversão de parte do direito contido no título em construções efetivas e as suas alienações poderão ser subtraídas do total averbado, "até o seu esgotamento". (FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 394. Em sentido diverso, Raquel Rolnik sugere que o aludido controle poderia se dar por meio de registro destas operações junto aos órgãos municipais. Todavia, a autora reconhece que estes cadastros se caracterizem por sua desorganização, o que prejudica esta solução. Para mais informações: ROLNIK, Raquel. Outorga onerosa e transferência do direito de construir. In: OSÓRIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 212.)

[95] Em regra, os imóveis com capacidade de doarem potencial construtivo podem estar dispersos em toda a zona urbana e, portanto, não é possível delimitar a área doadora de potencial construtivo. Contudo, devem-se circunscrever as áreas receptoras, tendo-se por base, os vetores de expansão urbana que devem ser estimulados, nos termos prescritos pelo Plano Diretor Municipal. (PINHO, Evangelina; BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. Seção XI: transferência do direito de construir. In: MATTOS, Liana Portilho. (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 230.)
Dessa forma, para Victor Carvalho Pinto, embora a transferência impeça o exercício do direito de construir em determinado imóvel, ela autoriza este mesmo exercício em outro imóvel localizado em área onde "haja infraestrutura disponível". Todavia, este acréscimo de construção "não poderá exceder ao coeficiente de aproveitamento máximo previsto no plano diretor". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 313. Em sentido semelhante: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.) Para garantir que a transferência de potencial construtivo não impacte negativamente na infraestrutura ou rede de serviços urbanos, Yara Darcy Police Monteiro e Egle Monteiro da Silveira sugerem que o direito de construir transferido de um imóvel somente possa ser exercido na mesma zona em que ele se localiza. Porém, neste caso, o instrumento pode perder parte do seu potencial como elemento estimulador da expansão urbana ordenada ou como elemento incentivador da preservação do patrimônio histórico, já que, em

Conforme o *caput* do artigo 35, os imóveis a serem adquiridos pelos Municípios por meio da transferência do direito de construir se destinarão à "implantação de equipamentos urbanos e comunitários". Se os imóveis forem considerados de "interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural", a sua aquisição objetivará preservá-los. Eles também podem ser destinados a "programas de regularização fundiária", de "urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda" e para a construção de "habitação de interesse social"[96].

Apesar destes aspectos, a transferência do direito de construir como instrumento de aquisição de bens públicos urbanos pelos Municípios encontra obstáculos à sua aplicação, os quais se vinculam às dificuldades ligadas ao planejamento urbanístico local. O instrumento exige um diagnóstico prévio dos imóveis que serão possíveis doadores de potencial construtivo e, principalmente, das zonas receptoras deste mesmo potencial[97].

---

diversas situações, a construção no entorno de bens históricos sofre diversas restrições. (MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da cidade*: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 291-292.)

Conforme Raquel Rolnik, o coeficiente de aproveitamento a ser transferido não pode se caracterizar como uma simples transposição do imóvel cedente ao receptor, porquanto isto possibilitaria o enriquecimento sem causa do proprietário. Assim, para solucionar este problema, ela propõe que o cálculo leve em consideração o preço do metro quadrado na área receptora: "Por exemplo, um imóvel a ser preservado de 100.000m² de área de terreno, com coeficiente de aproveitamento de 0,1, poderia hipoteticamente edificar 10.000m²". Entretanto, imagine-se que este imóvel "possui área edificada de apenas 100m²", neste caso, poder-se-ia "transferir o saldo de 9.900m²". Porém, esta "transferência não poderia ser integral para outro imóvel passível de receber potencial adicional, mas deveria ser balizada pelo valor de mercado dos imóveis. Assim, se esses 9.900m² valem na área preservada US$10,00/m², num total de US$99.000,00, ao serem transferidos para uma área" em que o valor do potencial seja de "US$100,00/m²", permitiria que se transferisse somente "990m²" de área construída. (ROLNIK, Raquel. *Outorga*..., p. 207-209 e 211-212).

[96] Neste sentido, para Régis Fernandes de Oliveira, este instrumento apresenta diversas vantagens face a outros mecanismos que tenham as mesmas finalidades. Este é o caso da desapropriação, pois, o Município adquirirá o bem sem despender diretamente recursos públicos e poderá destiná-lo à instalação dos equipamentos urbanos ou emprega-lo para a regularização fundiária – o que evita os impactos sociais decorrentes das demandas que envolvem esta matéria. Neste mesmo sentido, o proprietário do imóvel não se sentirá prejudicado em razão da afetação do imóvel para fins de preservação, como ocorre no caso do tombamento. Afinal, o proprietário receberá como contraprestação um título que lhe autorizará exercer o potencial construtivo em outro imóvel de sua propriedade, ou alienar este potencial a terceiro. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 94-96. Em sentido semelhante: ROLNIK, Raquel. *Outorga*..., p. 211; MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. *Op. cit.*, p. 297. Para mais informações sobre o uso deste instrumento para fins de preservação do patrimônio cultural imobiliário: COSTA, Igor Sporch da. A defesa do patrimônio cultural imobiliário: um ensaio acerca dos óbices e limites dos instrumentos jusurbanísticos de preservação. In: Vânia Siciliano Aiêta. (Org.). *Cadernos de direito da cidade*: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 141-146.)

[97] Muitas vezes não se poderá prever quais serão as áreas doadoras de potencial construtivo, como é o caso, do emprego da transferência de potencial construtivo para fins de preservação do patrimônio cultural imobiliário, pois, nesta hipótese, os bens podem poder se encontrar dispersos no território. Porém, as áreas receptoras devem passar por uma minuciosa análise técnica, antes de serem escolhidas, de forma a não prejudicarem a ambiência urbana. (PINHO, Evangelina; BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. *Op. cit.*, p. 230.)

2.2.1.1.1.2 As formas de aquisição regidas pelo Direito Privado

Em regra, todas as compras realizadas pelas pessoas jurídicas de direito público devem obedecer a algumas formalidades legais, as quais decorrem do inciso XXI, do artigo 37, da Constituição[98], e estão contidas, em sua maioria, na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Entre estas formalidades estão, por exemplo, a prévia autorização do Poder Legislativo, a qual pode se dar de forma genérica, mediante a aprovação das leis orçamentárias. Outra ilustração encontra-se na estimativa de valor dos bens a serem adquiridos, a qual é construída por meio de pesquisa de mercado realizada junto aos diversos atores econômicos que atuam naquele setor. Ademais, o Ente Público deve demonstrar as razões fáticas e jurídicas que sustentam a aquisição para comprovar que haverá satisfação de uma necessidade pública inserta no rol dos temas que compõem o interesse público que o Ente Público deve realizar. Enfim, a aquisição deve ser precedida de processo licitatório que objetive demonstrar que se selecionou a proposta mais vantajosa financeiramente ao adquirente público.

No caso das compras de imóveis as regras gerais acima descritas apresentam algumas especificidades e flexibilizações em razão da própria natureza do bem. Geralmente, os imóveis necessários à realização das atividades públicas se caracterizam por sua infungibilidade – decorrente de suas características físicas, como, por exemplo, área, localização etc. Portanto, embora a licitação seja, *a priori*, possível, no plano fático, ela pode se apresentar inviável e, portanto, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, no inciso X, do artigo 24, prescreve que a aquisição de imóveis pode se configurar como uma hipótese de dispensa de licitação[99].

Assim, os Entes Públicos devem especificar quais as razões que motivam a aquisição daquele bem específico em detrimento dos demais, o que exige que eles vinculem este bem a uma das finalidades públicas que são de sua competência. Porém, dizer que, nesta hipótese, a licitação é dispensada não significa que os Entes Públicos tenham total liberdade

[98] O inciso XXI, do artigo 37, da Constituição, prescreve: "Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

[99] O inciso X, do artigo 24, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve: "Art. 24 – É dispensável a licitação: (...) X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia".

para celebrar o negócio jurídico. Segundo o inciso V, do artigo 4º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, os Entes Públicos devem obedecer às regras aplicáveis às compras públicas e o preço deve ser compatível ao do mercado, sob pena de a compra ser anulada[100].

Contudo, a dispensa de licitação não se configura como uma regra geral na aquisição de bens imóveis pelos Entes Públicos. Há a possibilidade de mais de um imóvel reunir as características necessárias para atender à citada necessidade pública. Dessa forma, sempre que for possível a realização da licitação esta deve ser feita e, conforme prescreve o §3º, do artigo 23, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, esta licitação deverá ocorrer mediante concorrência – a mais complexa entre todas as modalidades de licitação[101].

A permuta se caracteriza pela troca de bens móveis ou imóveis, diversos de dinheiro, entre seus titulares, afinal, se houver a entrega de uma contraprestação pecuniária, o negócio jurídico perderá sua natureza de permuta para configurar-se como compra e venda. Assim, a permuta de imóveis públicos implica que um terceiro – indivíduo, pessoa jurídica de direito privado ou de direito público – entregue um imóvel de sua propriedade ao Ente Público, o que o tornará um bem público da titularidade do adquirente. Em contrapartida, o Ente Público entregará um bem público ao terceiro. Este bem se tornará um bem particular – se o adquirente for um indivíduo ou uma pessoa jurídica de direito privado – ou um bem público de propriedade do adquirente, se ele for uma pessoa jurídica de direito público[102].

Por se caracterizar como um ato de aquisição e, ao mesmo tempo, de alienação, a permuta exige que o proprietário público atenda às regras aplicáveis a ambas as operações. Assim, a permuta deve ser precedida de autorização legislativa, avaliação conforme os preços

---

[100] O inciso V, do artigo 4º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, prescreve: "Art. 4º – São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. (...) V – A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais; b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação; c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação".

[101] O §3º, do artigo 23, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve: "Art. 23 – As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...) §3º – A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País".

[102] Note-se que no ordenamento jurídico brasileiro a permuta envolvendo bens públicos se restringe a bens da mesma natureza – isto é, bens imóveis podem ser permutados por bens imóveis e não por bens móveis. Esta afirmação pode ser ilustrada pelo artigo 30, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998: "Art. 30 – Poderá ser autorizada, na forma do art. 23, a permuta de imóveis de qualquer natureza, de propriedade da União, por imóveis edificados ou não, ou por edificações a construir. §1º – Os imóveis permutados com base neste artigo não poderão ser utilizados para fins residenciais funcionais, exceto nos casos de residências de caráter obrigatório, de que tratam os arts. 80 a 85, do Decreto-Lei n. 9.760, de 1946. §2º – Na permuta, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei".

de mercado, e comprovação de que as características físicas do imóvel que será adquirido atendem de forma adequada as atividades que serão instaladas no bem.

Por exemplo, se em um bem público a ser permutado está instalado um serviço público, o Ente Público deve demonstrar que este serviço será melhor prestado no novo imóvel a ser adquirido por meio da permuta, ou que ele será prestado adequadamente em outro bem. Denota-se que o bem recebido em permuta não pode ficar desprovido de uma afetação específica que o vincule diretamente ao atendimento do interesse público urbanístico.

Como ocorre com a compra, sempre que for possível, a permuta se realizará mediante processo licitatório[103]. Todavia, da mesma forma como ocorre com a compra, a permuta também pode ser motivada pelas características físicas específicas do bem a ser recebido – isto é, estas características têm um papel preponderante na celebração do negócio jurídico. Portanto, também nestes casos, a exigência de licitação poderá ser dispensada[104].

A doação de bem para os Entes Públicos é o contrato por meio do qual uma parte – o doador – transfere um imóvel de sua propriedade a uma pessoa jurídica de Direito Público. O doador pode ser um indivíduo, uma pessoa jurídica de direito privado ou, até mesmo, uma outra pessoa jurídica de Direito Público.

Em todas estas hipóteses, o doador pode realizar uma doação pura, por meio da qual, ele simplesmente transfere o imóvel de sua propriedade ao Ente Público sem fixar quaisquer cláusulas que afetem a eficácia do negócio jurídico. Entretanto, a forma mais comum de doação de imóveis às pessoas jurídicas de direito público é aquela por meio da qual, o doador determina que o bem doado seja empregado para cumprir um fim específico[105]. Nesta hipótese, se o donatário público não cumprir esta finalidade, o negócio jurídico não se tornará perfeito.

A fixação desta finalidade não constitui um encargo e, portanto, a aceitação da doação pelo Ente Público não exige autorização legislativa[106]. Não obstante, a aceitação da

---

[103] Por exemplo, quando dois ou mais imóveis atenderem de forma idêntica ao interesse público urbanístico específico que motiva a celebração do negócio jurídico.

[104] Neste sentido, prescreve a alínea *c*, do inciso I, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei".

[105] Por exemplo, o bem se destine à moradia de indivíduos pertencentes às camadas mais carentes da população.

[106] Todavia, além de fixar uma finalidade específica ao bem, o doador pode exigir que o donatário cumpra um determinado encargo e pode fixar, também, um prazo para que este seja cumprido, sob pena de revogação da doação. Nesta hipótese, a aceitação da doação pelo Ente Público exige prévia autorização legislativa, porquanto, o cumprimento do encargo demanda dispêndios de recursos públicos, os quais exigem a anuência do Poder Legislativo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 785.)

doação pelo donatário público exige que se verifique se a finalidade atribuída ao bem se insere no rol das competências do donatário, pois, em caso contrário, ele não poderá atender à determinação. Consequentemente, estar-se-á diante de um negócio jurídico nulo, já que o seu objeto é juridicamente impossível.

A compra, a permuta e a doação apresentam alguns pontos de contato, dos quais, dois apresentam maior importância. O primeiro se refere à vinculação destas formas de aquisição a uma finalidade pública específica – no caso, inserta, no âmbito do direito à cidade. Consequentemente, todas estas formas de aquisição possuem finalidades específicas e exigem um ato volitivo do Ente Público relacionado ao cumprimento desta finalidade.

Porém, no caso destes instrumentos, os textos jurídico-normativos não fixam as destinações que devem ser atribuídas aos bens adquiridos. A definição destas finalidades é realizada por meio de atos administrativos ou legislativos prévios à celebração do negócio jurídico, os quais contêm a exposição dos motivos da aquisição[107]. Outrossim, em geral, as formas de aquisição acima descritas podem ter sua destinação original alterada em razão de modificações fáticas que impactam no interesse público[108].

Imagine-se que um Município comprou um imóvel para nele instalar uma escola para atender a população de um bairro. Após a celebração do negócio jurídico, o Estado federado onde se situa o Município inicia a construção de uma outra escola, próximo ao imóvel recém adquirido pelo Ente Público local e que atenderá à população residente no citado bairro. Neste caso, a construção da escola estadual tornou desnecessária que o Município realize a edificação originalmente programada, o que libera o imóvel municipal para outras finalidades – a construção de um parque, de um equipamento de saúde, de casas populares etc.

O segundo ponto importante que deve ser salientado se refere à inserção destes instrumentos no rol do que se denomina de "contratos de direito privado celebrados pelos Entes Públicos". Esta denominação pode conferir a falsa impressão de que estes contratos são imunes à aplicação do Direito Público, mas, isto não encontra sustentação no sistema jurídico brasileiro.

Como se viu acima, estas formas de aquisição podem exigir prévia avaliação, salvo no caso das doações. Ademais, elas também podem exigir prévia autorização legislativa, exceto no caso das doações puras. Outrossim, elas podem ser precedidas de um processo licitatório, na modalidade de concorrência – no caso de compra e permuta – de um processo de dispensa de

[107] No caso específico das doações, esta destinação é fixada pelos próprios instrumentos contratuais e, portanto, a aceitação da doação pelos Entes Públicos significa que eles concordaram em cumpri-la.

[108] Porém, esta possibilidade não se aplica às doações sujeitas a encargos e aquelas com destinações definidas pelos doadores.

licitação – no caso de compra e permuta em que os bens sejam considerados infungíveis, ou de um processo de inexigibilidade de licitação – no caso das doações.

Ademais, estes contratos se submeterão às regras constantes do inciso I, do §3º, do artigo 62, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Este artigo submete todos os contratos celebrados pelos Entes Públicos às cláusulas exorbitantes que caracterizam os contratos administrativos[109]. Assim, a expressão "contratos de Direito Privado celebrados pelos Entes Públicos" tem uma acepção menos ampla do que aquela conferida pela doutrina, pois, ela indica que tais contratos são aqueles que possuem similaridade no Direito Privado,[110] o que não significa identidade ou submissão ampla àquelas regras[111].

2.2.1.1.1.3 A aquisição *ex vi legis* e a aquisição por meio de usucapião

As formas de aquisição *ex vi legis* – ou por força da lei – são aquelas prescritas nos textos jurídico-normativos e que não se enquadram adequadamente às demais modalidades acima descritas. Entre estas formas de aquisição, a mais comum é aquela decorrente das operações de loteamento.

---

[109] O §3º, do artigo 62, da Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, prescreve: "Art. 62 – O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...) §3º – Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado".
Como se depreende, o §3º, do artigo 62, prescreve que aos chamados "contratos de Direito Privado celebrados pelos Entes Públicos" se aplicarão as regras contidas nos artigos 55, 58 a 61. Estes artigos não prescrevem somente os requisitos formais dos contratos, mas, também, a aplicação das cláusulas exorbitantes a todos os contratos celebrados pelos Entes Públicos, pois, a sede legal destas cláusulas está no citado artigo 58.

[110] No Brasil, as controvérsias acerca dos contratos de direito privado celebrados pelos Entes Públicos foram solucionadas de forma legal-pragmática, em consonância às orientações de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – inspirados na taxonomia dos atos jurídicos de Duguit e Zanobini. Para ele, estes contratos decorrem da lei e da vontade dos administrados. Estes, ao aceitarem contratar com os Entes Públicos aceitam se submeter às sobreditas regras legais. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 687.)

[111] Todavia, como salientou Maria Tereza Fonseca Dias, os diversos aspectos relacionados aos contratos administrativos carecem, também, de novas análises fundadas nos atuais pressupostos que vigoram no Direito Público brasileiro. Entre estes diversos aspectos, podem-se citar, por exemplo, a existência e o sentido da bipartição contratos administrativos e contratos de Direito Privado celebrados pelas pessoas jurídicas de direito público. Outro aspecto que deve ser inserido nestas novas investigações se relacionam à comparação entre os contratos celebrados pelos Entes Públicos e aqueles celebrados entre indivíduos e/ou entre pessoas jurídicas de direito privado. (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Op. cit.*, p. 250. Para maiores observações sobre estas novas abordagens, vide, por exemplo: ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.)

Conforme os artigos 5º e 6º, da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, os Municípios fixarão diretrizes gerais para a realização de loteamentos. Entre estas diretrizes encontram-se aquelas relacionadas aos imóveis que deverão ser transferidos aos Municípios. Estes imóveis se destinarão à instalação de vias públicas, de áreas livres, de equipamentos urbanos e comunitários e para a constituição de "faixas *non aedificandi*" para a instalação de outros equipamentos urbanos[112].

José dos Santos Carvalho Filho considera a reversão como outra hipótese de aquisição *ex vi legis*[113]. Ela está prescrita no §1º, do artigo 35 e no artigo 36, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Conforme estes artigos, com a extinção da concessão, os bens do concessionário empregados na prestação dos serviços serão transferidos à concedente[114].

A reversão[115] se aplica às concessões promovidas pela União, pelos Estados Federados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Como se depreende da noção obtida a partir dos artigos acima citados, a finalidade dos bens adquiridos por meio da reversão se liga à prestação dos serviços públicos concedidos, de forma a garantir a sua continuidade.

Todavia, deve-se observar que nem sempre a reversão se configurará como uma espécie de aquisição. Em alguns casos, o contrato de concessão transfere, temporariamente, o uso de bens públicos aos concessionários, assim, com o término do contrato, o Ente Público concedente não adquire um novo imóvel, mas apenas retoma a posse direta – o uso – do imóvel que já lhe pertencia. Assim, somente se pode falar em reversão como forma aquisitiva de bens

---

[112] Conforme a sobredita lei, o loteamento cria um sistema progressivo de proteção destas áreas públicas. Inicialmente, com a aprovação do loteamento, estas áreas recebem uma proteção administrativa que impede a alteração de suas destinações. Com o registro do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis, esta proteção se amplia, pois, as citadas áreas passam à propriedade do Município ou do Distrito Federal, embora, elas ainda possam sofrer alterações de metragem ou localização em razão de questões técnicas. Enfim, com o término da operação de loteamento e o registro definitivo de cada imóvel público, a localização e as dimensões exatas dos imóveis públicos são definidas e, portanto, os Entes Públicos locais devem realizar as intervenções necessárias para atender às destinações dos seus bens.

[113] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1180. Não obstante, atualmente, a reversão se ligue à prestação de serviços públicos, Raymundo Faoro recorda que, na história brasileira esta vinculação nem sempre existiu. Segundo ele, desde o período colonial, as terras entregues à exploração dos colonos poderiam retornar à Coroa, caso elas se tornassem improdutivas ou não fossem cumpridas "algumas condições na sucessão (indivisibilidade, primogenitura, masculinidade)". Segundo ele, estas mesmas regras se mantiveram durante o período imperial e republicano, como denotam, por exemplo, a Lei de Terras e as regras referentes à regularização fundiária urbana e rural. (FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 66.)

[114] Conforme o *caput* e o §1º, do artigo 3º, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a reversão aplica-se, também, às parcerias público-privadas.

[115] O artigo 36, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prescreve: "Art. 36 – A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido".

públicos quando estes bens não pertenciam originalmente ao Ente Público, mas, tornar-se-ão propriedade pública com o término do contrato[116].

Outro meio de aquisição *ex vi legis* foi inserido pelos artigos 64 e 65, da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Por meio deles inseriram-se novas regras sobre os bens vagos/abandonados que complementaram o artigo 1276, do Código Civil.

Considera-se que um imóvel está vago/abandonado quando o proprietário, por sua omissão ou pela prática de atos comissivos, demonstra que deseja excluir a propriedade sobre este bem de seu patrimônio. Presume-se este desejo quando o proprietário não exerce atos que exteriorizam a sua propriedade ou quando ele se torna devedor dos impostos fundiários municipais instituídos em razão da propriedade sobre o citado bem[117].

Nestas hipóteses e desde que o bem não esteja ocupado por terceiros que lhe deem uma destinação adequada, o Município ou o Distrito Federal o arrecadarão. Passados três anos da arrecadação, sem que o proprietário busque recuperar o imóvel, o mesmo se tornará propriedade de um dos Entes Públicos acima citados.

Segundo o artigo 64, da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, o proprietário público destinará o imóvel "prioritariamente" para "programas habitacionais", para a "prestação de serviços públicos" e/ou para o "fomento" à regularização fundiária de interesse social. Ele também poderá conferir título de concessão de direito real de uso às "entidades civis" cujos fins institucionais sejam a filantropia, a assistência social, a educação, os esportes ou outras atividades de interesse público, para que elas os empreguem para realizar um destes fins.

Enfim, parte da doutrina e da jurisprudência considera a usucapião como um meio de aquisição de bens pelas pessoas jurídicas de direito público. Conforme o artigo 1238, do Código Civil, o ocupante deve requerer judicialmente a conversão da sua posse em propriedade e, para tanto, deve comprovar que a sua ocupação tem, no mínimo, "quinze anos" e que não houve oposição do proprietário, sendo desnecessária a comprovação da existência de um título de boa-fé. Segundo o parágrafo único deste artigo, o prazo acima será reduzido para "dez anos", se o ocupante utilizar o bem para a "sua moradia habitual" ou se tiver "realizado obras ou serviços de caráter produtivo" – o que também independe de o ocupante possuir o citado título.

---

[116] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 68.

[117] A Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, e o Código Civil não determinam por quanto tempo o proprietário deve estar inadimplente para que se presuma, de forma absoluta, a sua intenção de abandonar o imóvel. Porém, em consonância às regras definidoras da prescrição e da decadência do crédito tributário, pode-se afirmar que, após cinco anos de inadimplemento, a citada intenção estará configurada, o que possibilitará a arrecadação do imóvel.

Assim, os indivíduos e as pessoas jurídicas de direito privado podem ocupar o imóvel sem realizar as citadas intervenções e, portanto, adquirirão o bem em quinze anos. Ademais, eles possuem vários meios para comprovar a sua efetiva ocupação e a utilização do bem para alguma atividade produtiva ou para a sua própria moradia – no caso da ocupação por pessoas naturais – o que reduz o prazo para dez anos.

Todavia, no caso dos Entes Públicos, a única forma de comprovar a sua efetiva ocupação é por meio da demonstração de que o bem é empregado, de forma permanente, para a realização de uma das finalidades públicas urbanísticas que lhe competem. Dessa forma, a usucapião demandada pelas pessoas jurídicas de direito público exige a vinculação do bem e das atividades públicas nele realizadas ao direito à cidade, o que aproxima a situação fática daquela prescrita no parágrafo único do artigo 1238, do Código Civil. Isto é, *a priori*, o prazo para que os Entes Públicos adquirissem a propriedade por meio de usucapião seria de dez anos, em consonância ao parágrafo único do artigo 1238, do Código Civil.

Porém, a configuração da posse dos Entes Públicos ensejadora da usucapião se confunde à desapropriação indireta, regida pelo artigo 35, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Por meio da desapropriação indireta, as pessoas jurídicas de direito público despojam o proprietário de seu bem, em dissonância às regras legais que regem a desapropriação[118]. Esta similitude obriga a se reconsiderar os lapsos temporais para a propositura da ação de usucapião.

O entendimento tradicional dos Tribunais Superiores, firmado com base no Código Civil de 1916, é que a ação que objetiva discutir a desapropriação indireta tem natureza real e, portanto, o proprietário tem vinte anos para requerer a sua indenização[119]. Este prazo foi objeto de diversas tentativas de alteração legislativa que pretendiam reduzi-lo para cinco anos. Porém, todas elas se mostraram infrutíferas, já que foram consideradas inconstitucionais – ainda que em caráter liminar. Devido a este insucesso, a doutrina compreende que continua em vigor o

---

[118] Não obstante a desapropriação indireta encontre seu fundamento legal no citado artigo 35, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 75.731/PR, firmou o entendimento de que a mesma se configura como ato ilícito praticado pelo Ente Público no exercício da função administrativa. Neste sentido: "Desapropriação indireta – ato ilícito – a chamada ação de desapropriação indireta, criação pretoriana a base de reivindicação convertida em indenizatória de esbulho, funda-se, em última análise, na prática de ato ilícito dos prepostos da autoridade que deveria ter promovido desapropriação com imissão de posse, e, entretanto, não o fez, ordenando a violência ou a fraude contra o particular". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 75.731/PR*. Recorrente: Irineu Brugnolo e s/Mulher. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem – DER. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, 15 de maio de 1973. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=171350>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

[119] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 119*. Brasília, 08 de novembro de 1994. Disponível em: <http: //www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27119%27>. Acesso em: 28 dez. 2016.

entendimento tradicional dos Tribunais Superiores, com a ressalva da redução do prazo – de vinte para quinze anos – devido à entrada em vigor do Novo Código Civil, em 2002.

Adotando-se uma exegese que considere os citados elementos legislativos e jurisprudenciais, tem-se que a sobredita situação de ocupação de imóveis pelos Entes Públicos somente pode ser resolvida por dois meios sucessivos. O primeiro é a ação de indenização por desapropriação indireta, que tem como efeito secundário declarar a desapropriação do imóvel e, portanto, permitir que o mesmo seja registrado em nome do Ente Público. O segundo meio é a ação de usucapião, que somente poderá ser proposta após o transcurso do prazo para que o proprietário do imóvel requeira a sua indenização com base na desapropriação indireta[120], o que denota o seu caráter excepcionalíssimo[121]. Porém, nos dois casos, o Ente Público deverá comprovar que o bem é empregado, de forma permanente, para a realização de uma das atividades públicas insertas no direito à cidade.

2.2.1.1.2 Formas de aquisição cujos fins não são definidos expressamente pelo direito positivo

Como se afirmou acima, geralmente, as formas de aquisição que não exigem a definição prévia de uma finalidade a ser atribuída ao bem se caracterizam por não dependerem de qualquer ato volitivo dos Entes Públicos. Entre estas formas de aquisição inserem-se, por exemplo, as doações puras sem especificação de finalidades realizadas em benefício dos Entes Públicos. Nestas hipóteses o doador transfere o imóvel à pessoa jurídica de direito público sem que o negócio jurídico se sujeite a cláusulas que afetem a sua eficácia e sem determinar qual será a destinação a ser atribuída ao bem.

Outra forma de aquisição inserta neste grupo é a acessão, decorrência da máxima romana *superfícies solo cedit*, segundo o qual tudo o que adere ao solo passa a integrá-lo e torna-se propriedade do titular do solo. A acessão engloba ações e obras humanas como, por exemplo as construções, as quais, quando realizadas sobre imóveis públicos sujeitam-se a novas

[120] Afinal, a ação de indenização por desapropriação indireta é especial face à ação de usucapião, o que obriga a adoção do velho princípio de hermenêutica: *lex specialis derogati generali* – lei especial se aplica no lugar da lei geral, quando verificada a situação de especialidade. Ademais, admitir que os Entes Públicos se tornem proprietários de um bem adquirido em dissonância aos textos jurídico-normativos configura hipótese de confisco e/ou enriquecimento sem causa dos Entes Públicos, o que é vedado pelo sistema jurídico brasileiro.

[121] MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 142.

regras – as quais serão posteriormente analisadas[122]. Ela abarca, também, eventos naturais como a formação das ilhas, a aluvião, a avulsão e o abandono do álveo.

As ilhas surgidas em razão do movimento natural das águas pertencerão ao Ente Público que for titular daquele corpo d'água – sejam águas marinhas, fluviais ou lacustres. A aluvião é a ampliação dos terrenos públicos localizados às margens dos cursos d'água pelo depósito constante de sedimentos. A avulsão se caracteriza pela separação súbita de partes de um terreno, em razão da força das águas, e a sua posterior anexação em terrenos públicos, ampliando a sua área.

Nos casos das acessões naturais acima explicitados, embora os textos jurídico-normativos sejam silentes, tem-se que as áreas acrescidas deverão seguir a mesma destinação atribuída ao bem público ao qual se anexaram. Afinal, estes últimos imóveis se configuram como os bens principais, e as áreas acrescidas como acessórios, aplicando-se à hipótese a regra geral, segundo a qual, o acessório deve acompanhar o principal.

Há, ainda, as formas de aquisição decorrentes do falecimento do proprietário. Nestes casos insere-se, por exemplo, as sucessões decorrentes de testamentos. Todas as pessoas jurídicas de direito público podem ser beneficiadas em testamentos. Nestes casos, o testador pode especificar que o bem deverá ser empregado para atender a alguma destinação específica ou pode vinculá-lo a algum encargo, ou, simplesmente pode não realizar qualquer exigência. Em todas estas hipóteses, a aceitação da herança seguirá as mesmas regras aplicáveis às doações.

Outra forma de aquisição de bens imóveis é a dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário, nos termos do inciso XI, do artigo 156, do Código Tributário Nacional[123]. Esta modalidade de extinção deve ser regulamentada por cada um dos Entes Federados e, no âmbito federal, ela é regida pelo artigo 4º, da Lei n. 13.259, de 16 de março de 2016. Esta prescreve que, a critério da União, aceitar-se-á que o devedor entregue imóveis para quitar suas dívidas de tributos federais[124].

Conforme o citado artigo 4º, os imóveis serão previamente avaliados e não podem estar gravados de quaisquer ônus. O valor dos imóveis deve abranger a totalidade do débito, incluindo o valor principal da dívida, os juros, as multas e todos os encargos legais. Caso os

---

[122] Este novo regramento jurídico será explicitado quando se analisar a reconfiguração do regime jurídico constitucional dos bens públicos urbanos.

[123] O inciso XI, do artigo 156, do Código Tributário Nacional prescreve: "Art. 156 – Extinguem o crédito tributário: (...) XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei".

[124] Conforme o §1º, do artigo 4º, da Lei n. 13.259, de 16 de março de 2016, a dação em pagamento não se aplica "aos créditos tributários referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional".

valores dos imóveis seja insuficiente para quitar a totalidade da dívida, o devedor poderá complementar a eventual diferença com dinheiro.

Em consonância ao §2º, do artigo 4º, a extinção por meio da dação em pagamento dependerá de o devedor desistir de qualquer ação judicial acerca do crédito tributário e de que ele renuncie ao "direito" discutido em qualquer ação proposta. Ademais, o devedor deverá "arcar com o pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios".

Os Entes Públicos, quando credores, também poderão adjudicar os bens dos seus devedores levados à hasta pública. Neste caso, eles devem oferecer pelo bem um preço igual ou superior àquele fixado no processo judicial de execução da dívida pública. Ademais, os Entes Públicos, como qualquer pessoa jurídica, podem participar de leilões e demais expedientes destinados a alienar bens de devedores para quitação de dívidas e, assim, os Entes Públicos podem oferecer lances, arrematar estes imóveis e adquirir a sua propriedade[125].

Porém, nos três casos – dação em pagamento, adjudicação e arrematação – os instrumentos devem encontrar lastro no interesse público. Obviamente que, no caso da dação em pagamento e da adjudicação, a aquisição se justifica como forma de recomposição das receitas públicas não arrecadas devido ao inadimplemento dos devedores. Porém, estas finalidades não significam que, necessariamente, os bens adquiridos por meio destes instrumentos serão alienados. Em muitos casos, a manutenção destes bens como propriedade pública dos adquirentes se justificará, pois, eles podem apresentar características que permitam o seu uso em atividades que realizem o direito à cidade.

Assim, na hipótese de manutenção destes bens, a vantagem econômico-financeira das pessoas jurídicas de direito público será indireta, pois, os Entes Públicos não precisarão adquirir novos imóveis para atender às citadas necessidades, mas, utilizarão aqueles que já lhes pertencem. Ademais, eles poderão conceder a terceiros títulos de uso privativo onerosos, por meio dos quais, os beneficiários destes títulos deverão pagar ao proprietário público uma determinada quantia previamente ajustada pelo uso do bem. Neste último caso, o bem produzirá frutos civis, os quais comporão as receitas públicas do proprietário público.

A doutrina cita, ainda, outros instrumentos de aquisição, como aqueles decorrentes do término de contratos e/ou da vigência dos títulos que conferem o uso privativo de bens

---

[125] Note-se que no primeiro caso – adjudicação – o Ente Público é o credor da dívida e aceita o bem como forma de quitação. Neste caso ele deve oferecer, no mínimo, o valor pelo qual o bem foi avaliado judicialmente. Dessa forma, por meio da adjudicação, o Ente Público impede que o bem vá a hasta pública.
No caso da arrematação, o Ente Público não é necessariamente credor da dívida que levou o bem à hasta pública. Neste caso, a pessoa jurídica de direito público se comportará como qualquer outro participante do leilão, mediante o oferecimento de lances.

públicos a terceiros[126]. Porém, estes casos não são verdadeiras formas de aquisição, pois, elas apenas restabelecem a propriedade plena ao Ente Público[127].

2.2.1.1.3 Meios de alienação dos bens públicos

Muitos dos instrumentos de aquisição acima analisados são, também, instrumentos de alienação, desde que os bens a serem adquiridos por um Ente Público sejam propriedade de outra pessoa jurídica de direito público. Este é o caso da investidura, das desapropriações por necessidade/utilidade pública e por interesse social, da desapropriação indireta, da transferência de direito de construir, da permuta, da doação e da acessão.

Como se viu, no caso da investidura, a área remanescente ou resultante de obras públicas e os imóveis destinados a fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas pertencem a uma pessoa jurídica de direito público. Dessa forma, se um Ente Público adquirir um dos bens acima por este instrumento, necessariamente, um outro Ente Público alienará, por meio deste mesmo instrumento, os sobreditos bens.

O sistema jurídico brasileiro confere à União a prerrogativa de desapropriar por necessidade/utilidade pública e/ou por interesse social os bens pertencentes às demais pessoas jurídicas de direito público. Neste mesmo sentido, os Estados-membros podem desapropriar bens municipais situados em seu território. Estas hipóteses não se restringem aos casos das desapropriações que seguiram todas as formalidades legais, mas, também se aplicam às desapropriações indiretas. Portanto, a possibilidade de que os bens públicos acima indicados sejam desapropriados, indicam que este instrumento se apresenta, também, como uma forma de alienação dos citados imóveis públicos.

---

[126] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 787.

[127] José dos Santos Carvalho Filho cita uma situação rara relacionada a estes instrumentos, notadamente a enfiteuse. Geralmente, na enfiteuse que envolve um Ente Público, este é o senhorio direto – o titular do domínio direto – e o enfiteuta – o titular do domínio útil – é um indivíduo ou pessoa jurídica de direito privado. Assim, passados dez anos da sua celebração, o titular do domínio útil pode adquirir a propriedade plena do bem, mediante o pagamento de um valor previamente fixado em lei. Esta hipótese se denomina resgate.
Contudo, conforme ele, poderia ocorrer a situação inversa. Isto é, o titular do domínio direto seria um indivíduo ou uma pessoa jurídica de direito privado e o Ente Público seria o titular do domínio útil. Nesta hipótese, o Ente Público poderia resgatar o bem e, assim, adquirir a propriedade plena do mesmo. Neste caso, pressupõe-se que o Ente Público já empregue o bem para atender a uma finalidade pública, assim, os bens adquiridos permanecerão empregados para atender a esta finalidade, mas nada impede que esta afetação seja alterada, conforme a mutabilidade do interesse público. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 1179.)

A transferência do direito de construir também pode se apresentar como uma forma de alienação, nos termos prescritos pelo artigo 35, do Estatuto da Cidade. Este, explicitamente, prescreve que este instrumento pode ser adotado por proprietários de imóveis urbanos privados e públicos que os transferirem ao Município e receberem em contrapartida os respectivos títulos que os autorizem a exercer o direito de construir em outra localidade.

A permuta também apresenta esta dupla utilidade. Afinal, ela pressupõe que a troca, isto é, que o bem público objeto material do contrato será substituído por outro imóvel.

No mesmo sentido, os Entes Públicos também podem doar imóveis a terceiros, o que denota a possibilidade de a doação se caracterizar como um instrumento de alienação de bens públicos. Este instrumento é empregado para transferências gratuitas de imóveis entre Entes Públicos e para que estes transfiram imóveis aos beneficiários das políticas públicas de habitação e de regularização fundiária[128].

Geralmente, os Entes Públicos não realizam doações puras. Eles definem as destinações que serão atribuídas aos bens, determinam um lapso temporal para o cumprimento desta finalidade e estabelecem, também, outros encargos a serem cumpridos pelo donatário. O descumprimento destas determinações, ou a cessação dos motivos ou a modificação das finalidades que justificaram a doação implicam em retorno do bem à propriedade do doador[129].

---

[128] As alíneas *b*, *f*, *h* e *i*, do inciso I, e os §§1º e 4º, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescrevem: "Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*; (...) f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (...) h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o §1º do art. 6º da Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; (...) §1º – Os imóveis doados com base na alínea 'b' do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário. (...) §4º – A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado".

[129] Todas estas afirmações podem ser ilustradas pelo artigo 31, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que, ao tratar das doações dos imóveis federais, prescreve: "Art. 31 – Mediante ato do Poder Executivo e a seu critério, poderá ser autorizada a doação de bens imóveis de domínio da União, observado o disposto no art. 23 desta Lei, a: I – Estados, Distrito Federal, Municípios, fundações públicas e autarquias públicas federais, estaduais e municipais; II – empresas públicas federais, estaduais e municipais; III – fundos públicos e fundos privados dos quais a União seja cotista, nas transferências destinadas à realização de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social; IV – sociedades de economia mista voltadas à execução de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social; ou V – beneficiários,

Também as operações de loteamentos realizados pelos Entes Públicos podem implicar na alienação de bens públicos. Por exemplo, nos loteamentos realizados por qualquer pessoa jurídica de direito público, as unidades imobiliárias produzidas podem ser alienadas – de forma gratuita ou onerosa – àqueles que habitarão no local. Os Entes Públicos também poderão conceder aos futuros moradores da área títulos de uso privativo das unidades imobiliárias produzidas, os quais podem transferir-lhes direitos reais ou pessoais e podem exigir o pagamento de contraprestações ou não.

Igualmente, nos loteamentos realizados pela União e pelos Estados-membros, os loteadores poderão alienar as unidades imobiliárias ou conceder títulos de uso privativo, nas mesmas condições acima descritas. Ademais, as áreas destinadas às praças, vias de circulação etc. serão transferidas, gratuitamente, ao Município onde se situa o empreendimento.

Também os imóveis públicos podem sofrer os efeitos da acessão natural, decorrente do desprendimento de porções de terra que reduzam as suas áreas – no caso da aluvião e da avulsão. Além disso, o movimento natural das águas pode submergir, total ou parcialmente, as ilhas públicas. Neste mesmo sentido está o álveo abandonado, como já visto.

Além destas hipóteses, os bens públicos urbanos ainda podem ser alienados por meio de outros instrumentos. Entre eles, podem-se citar: a retrocessão, a venda, a dação em pagamento, a incorporação e a legitimação fundiária.

Conforme a redação do artigo 519, do Código Civil, a retrocessão é o direito de preferência concedido ao proprietário do bem expropriado por necessidade/utilidade pública ou interesse social de reaver o seu bem. Este direito nasce quando o expropriante não destina o bem para a finalidade que levou à sua desapropriação ou não o utiliza "em obras ou serviços

---

pessoas físicas ou jurídicas, de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública, para cuja execução seja efetivada a doação. §1º – No ato autorizativo e no respectivo termo constarão a finalidade da doação e o prazo para seu cumprimento. §2º – O encargo de que trata o parágrafo anterior será permanente e resolutivo, revertendo automaticamente o imóvel à propriedade da União, independentemente de qualquer indenização por benfeitorias realizadas, se: I – não for cumprida, dentro do prazo, a finalidade da doação; II – cessarem as razões que justificaram a doação; ou III – ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista. §3º – Nas hipóteses de que tratam os incisos I a IV do caput deste artigo, é vedada ao beneficiário a possibilidade de alienar o imóvel recebido em doação, exceto quando a finalidade for a execução, por parte do donatário, de projeto de assentamento de famílias carentes ou de baixa renda, na forma do art. 26 desta Lei, e desde que, no caso de alienação onerosa, o produto da venda seja destinado à instalação de infra-estrutura, equipamentos básicos ou de outras melhorias necessárias ao desenvolvimento do projeto. §4º – Na hipótese de que trata o inciso V do caput deste artigo: I – não se aplica o disposto no §2º deste artigo para o beneficiário pessoa física, devendo o contrato dispor sobre eventuais encargos e conter cláusula de inalienabilidade por um período de 5 (cinco) anos; e II – a pessoa jurídica que receber o imóvel em doação só poderá utilizá-lo no âmbito do respectivo programa habitacional ou de regularização fundiária e deverá observar, nos contratos com os beneficiários finais, o requisito de inalienabilidade previsto no inciso I deste parágrafo. §5º – Nas hipóteses de que tratam os incisos III a V do caput deste artigo, o beneficiário final pessoa física deve atender aos seguintes requisitos: I – possuir renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos; II – não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural".

públicos" que denotem uma alteração válida da destinação originalmente declarada no ato expropriatório. Nesta hipótese, o expropriante devolve o bem ao seu antigo proprietário e este devolve ao primeiro o valor da indenização devidamente atualizado.

Assim, se por meio da desapropriação o imóvel se tornou um bem público de propriedade do Ente Público expropriante, com a retrocessão, o imóvel retorna à condição de propriedade do expropriado. Isto é, retorna à condição de bem particular se o expropriado era um indivíduo ou pessoa jurídica de direito privado, ou, se o expropriado era um Ente Público, o bem retorna à condição de bem público de propriedade do antigo proprietário público.

Existem diversas dúvidas quanto à natureza jurídica da retrocessão. Para uma corrente doutrinária e jurisprudencial, ela se configura como um direito real, pois, a Constituição somente admite desapropriações de imóveis urbanos que impliquem na efetiva utilização do bem para o atendimento do direito à cidade[130]. Para uma segunda corrente, desde o Código de Civil de 1916, a retrocessão se configurou como um direito pessoal, o que foi confirmado pelo artigo 519, do atual Código Civil, visto que este está inserido na parte do Código que prescreve os direitos obrigacionais. Ademais, conforme esta última corrente, a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade pública, o que significa que toda e qualquer discussão acerca do bem recairá sobre o valor da indenização paga pelo expropriante. Para uma terceira corrente, a retrocessão teria uma natureza mista, que confere ao expropriado o direito de optar entre reaver o bem expropriado, nas condições acima especificadas, ou ser ressarcido pelas perdas e danos decorrentes do não aproveitamento adequado do bem.

Esta controvérsia doutrinária e jurisprudencial perdura há, aproximadamente, um século no sistema jurídico brasileiro[131]. Não obstante a falta de consenso, a existência da retrocessão possibilita duas ilações. A primeira é a sua inserção entre os instrumentos de alienação dos bens públicos, nos termos acima explicitados. A segunda é a importância que o

---

[130] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 49-50.

[131] Para uma exposição destas diversas correntes doutrinárias, vide as sínteses elaboradas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 194-198; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 898-901.). Como ilustração das controvérsias jurisprudenciais: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 64.559/SP*. Recorrente: Maria Carlota de Azevedo Penteado e Outros. Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Relator: Min. Eloy da Rocha. Brasília, 11 de maio de 1970. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=161392>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 62.506/PR*. Recorrente: Departamento de Estradas de rodagem do Estado do Paraná – DER/PR. Recorrido: Jorge André e Cônjuge. Relator Ministro Demócrito Reinaldo, Brasília, 19 de junho de 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=19950 0132397&dt_publicacao=19-06-1995&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 99.571-4/ES*. Recorrentes: Prefeitura Municipal de Vitória e Estado do Espírito Santo. Recorrido: Espólio de José Guasti. Relator: Min. Eloy da Rocha. Brasília, 14 de outubro de 1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=19 2004>. Acesso em: 22 abr. 2016.

sistema jurídico confere à destinação dos bens públicos, a qual não se restringe a expedição de um ato jurídico de afetação, mas, exige sejam tomadas medidas concretas que denotem o efetivo aproveitamento do bem na realização do direito à cidade.

A venda como forma de alienação dos bens públicos encontra seu fundamento legal no *caput* e no inciso I, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Segundo estas regras, as vendas de imóveis públicos urbanos devem ser justificadas, isto é, o proprietário público deve demonstrar de que forma a alienação contribui para a realização do direito à cidade. Dessa forma, não basta que o imóvel não atenda ao interesse público atual, faz-se necessário demonstrar de que forma a alienação do mesmo realiza o interesse público específico que sustenta o regime jurídico aplicável àquele bem.

Além disso, o negócio jurídico deve ser precedido de avaliação do imóvel e de autorização legislativa, a qual terá a função de desafetação do bem, caso isto ainda não tenha sido realizado pelo gestor público. Outrossim, *a priori*, a venda deve ser realizada por meio de processo licitatório, em regra, na modalidade de concorrência, admitindo-se o leilão em algumas situações ligadas aos mecanismos de aquisição destes bens[132].

Contudo, em algumas situações a realização da licitação prévia à venda será dispensada. Este é o caso, por exemplo da venda realizada a outro Ente Público. Esta hipótese também pode ser ilustrada pela venda de imóveis residenciais construídos e pela venda de imóveis de até 250 m², destinados a atender ao comércio local. Nestes dois últimos casos, os imóveis devem estar afetados ou ser efetivamente empregados em programas habitacionais e/ou de regularização fundiária, desenvolvidos pelas pessoas jurídicas de direito público ou por pessoas jurídicas de direito privado criados pelos Entes Públicos[133].

---

[132] Aos bens adquiridos por meio de dação em pagamento e aqueles adquiridos em razão de procedimentos judiciais aplicam-se as regras do artigo 19, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que prescreve: "Art. 19 – Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I – avaliação dos bens alienáveis; II – comprovação da necessidade ou utilidade da alienação; III – adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão".
Entre os bens adquiridos por meio de procedimentos judiciais, podem-se citar os casos de: adjudicação, arrematação, condenação criminal – bens utilizados na prática de crimes ou que tenham sido adquiridos como produtos deles – e bens recebidos como indenização nos processos de reparação de danos pela prática de atos de improbidade.

[133] As alíneas *e*, *f* e *h*, do inciso I, e o inciso II, do §2º, todos do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescrevem: "Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (...) h) alienação gratuita ou onerosa,

A dação em pagamento como forma de alienação dos bens públicos está prevista na alínea *a*, do sobredito inciso I, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Da mesma forma como ocorre com a venda, para que os Entes Públicos possam entregar um imóvel urbano para saldar uma dívida pública eles deverão demonstrar em que medida a alienação contribui à realização do interesse público urbanístico. Ademais, a alienação deverá ser precedida de avaliação do bem e de autorização legislativa, nos mesmos termos apontados anteriormente.

Como a dação em pagamento se configura como um negócio jurídico que depende da concordância do credor, *a priori*, será dispensada a realização de licitação, nos termos do artigo acima mencionado. Todavia, a dispensa poderá ser afastada se existirem vários credores nas mesmas condições, pois, nesta hipótese, o Ente Público devedor deverá realizar a licitação para obter a melhor proposta pelo bem[134].

A incorporação é a forma por meio da qual os Entes Públicos, ao criarem pessoas jurídicas de direito público ou privado[135] transferem a elas imóveis que se destinarão à composição do patrimônio inicial destas entidades. Estes bens deverão ser empregados para a realização dos fins institucionais que levaram à criação destas pessoas jurídicas.

Se a pessoa jurídica criada tiver personalidade jurídica de direito público, os bens transferidos manterão a sua natureza jurídica de bens públicos, porém, pertencerão à nova pessoa jurídica de direito público que deverá cumprir a destinação atribuída aos bens transferidos. Por sua vez, se a entidade criada tiver personalidade jurídica de direito privado, a transferência implicará na modificação da natureza jurídica dos bens que passarão a ser bens particulares. Porém, neste caso, o ato de transferência será determinante na definição da função social da propriedade destes imóveis.

---

aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (...) §2º – A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: I – a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel".

Não obstante as regras acima transcritas, o Supremo Tribunal Federal já compreendeu que a regularização fundiária das ocupações de bens públicos caracteriza hipótese de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição. Para mais informações: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.990-8/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: Distrito Federal e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Rel. Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 18 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481968>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[134] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 225.

[135] Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho restringe a incorporação a um instrumento de composição do patrimônio inicial das pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos Entes Públicos. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 1220.)

Dessa forma, a definição da destinação dos bens transferidos impõe às pessoas jurídicas de direito privado criadas o dever de cumprir esta destinação, o que pode criar um regime jurídico próximo àquele dos bens públicos. Caso estas finalidades sejam descumpridas, o Ente Público responsável pela criação das citadas pessoas jurídicas exercerá seu poder de tutela sobre elas, afinal, o descumprimento da função social se configura como desvio de finalidade no que concerne aos bens públicos.

Enfim, a edição da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, ao definir as novas bases jurídicas das políticas de regularização fundiária urbana, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a legitimação fundiária. Conforme o citado texto jurídico-normativo, a legitimação fundiária é uma forma de aquisição originária do direito de propriedade. Por meio dela, durante o desenvolvimento das ações de um projeto de regularização fundiária de interesse social, o proprietário público identificará os ocupantes de imóveis públicos com destinação urbana e lhes conferirá o título de legitimação. O ocupante legitimado levará este título a registro no Cartório de Registro Imobiliário e, então, converterá a sua ocupação em título de propriedade privada.

Assim, verifica-se que a legitimação fundiária não é um instrumento que garante o uso privativo de bens públicos urbanos, mas, é uma forma de alienação imediata destes imóveis aos ocupantes que se tornarão proprietários das unidades imobiliárias ocupadas[136]. Dessa forma, nos termos acima explicitados, a legitimação fundiária é um instrumento de regularização fundiária que privilegia o direito de propriedade privada como fórmula principal para garantir a segurança jurídica dos ocupantes.

Expostos os instrumentos de aquisição e alienação, estão presentes os elementos que permitem definir o conteúdo jurídico da função social da propriedade pública urbana, o que perpassa a fixação das possíveis destinações a serem atribuídas aos bens públicos. Este tema será analisado a seguir.

2.2.1.2 O conteúdo jurídico da função social da propriedade pública urbana

Dizer que "a propriedade pública urbana é uma função social"[137] significa que os seus elementos caracterizadores são definidos em razão e para realizar o direito à cidade. Isto

[136] Esta transferência poderá ser gratuita, se o imóvel se localizar em um núcleo urbano ocupado por população pauperizada, ou onerosa, no caso de ocupantes pertencentes a grupos de renda mais elevada.
[137] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 129-130.

é, a função social legitima a propriedade pública, conforma o seu regime jurídico e permite o controle social, jurisdicional e administrativo do seu cumprimento.

Estas afirmações denotam que a definição da função social da propriedade pública urbana exige a investigação profunda dos diversos textos jurídico-normativos que contenham prescrições diretas ou indiretas acerca da matéria. Ademais, o cumprimento da função social urbanística deve ser apurado pragmaticamente, o que exige a análise do exercício das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias e da destinação concreta atribuída aos bens no plano fenomênico.

Porém, reafirmar todos estes aspectos torna-se despropositado se não for possível obter o conteúdo jurídico objetivo da citada expressão[138]. Portanto, deve-se definir quais são os possíveis sentidos que a função social da propriedade pública urbana apresenta no ordenamento jurídico brasileiro vigente[139] e quais as condutas que são adequadas ao seu conteúdo normativo[140]. Assim, deve-se adotar os mesmos pressupostos metodológicos já empregados para definir o conteúdo de outros elementos investigados, tais como: interesse público, direito à cidade e função social – enquanto cláusula constitucional geral[141].

Neste sentido é que as informações obtidas por meio da análise dos instrumentos de aquisição e alienação se mostram imprescindíveis. Eles determinam como estes bens devem ser empregados pelos Entes Públicos. Assim, com base nestes instrumentos, é possível selecionar nove conjuntos de possibilidades de destinação que podem ser atribuídas aos bens públicos urbanos em geral[142].

---

[138] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 324.

[139] Afinal, segundo Lúcia Valle Figueiredo, todo o conceito jurídico "detém núcleo mínimo de compreensão, sendo que a sua conotação e denotação deverão ser extraídas das normas e dos princípios informadores do ordenamento. Destarte, o seu conteúdo será dado à luz do instituto que se examina, e do próprio sistema". Assim, o sistema jurídico possibilita que o intérprete extraia "os pontos nodulares em que se há de confinar o conceito" – isto é, os limites aptos a demarcar o seu conteúdo semântico e, por decorrência, sua carga normativa. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 67. Em sentido aproximado, mas, tratando da definição do regime aplicável a cada espécie de situação jurídica proprietária: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 4.)

[140] Dessa forma, a definição dos possíveis significados da função social da propriedade pública urbana e, consequentemente, o seu conteúdo jurídico, afasta as críticas de Pugliatti acerca da generalidade que é atribuída às fórmulas interesse público e função social. (PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 113 e 142-144.)

[141] Estes pressupostos se sustentam na investigação realizada por Rodotà para obter os possíveis significados da expressão "função social da propriedade" na Constituição italiana. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 202.)

[142] Embora os nove conjuntos de possibilidades de destinação sejam construídos com base nos instrumentos de aquisição e alienação dos bens públicos, eles também encontram base nos instrumentos de uso privativo dos bens públicos urbanos ou nos regimes jurídicos das diversas espécies de bens públicos existentes no Brasil. Estes outros fundamentos jurídicos serão demonstrados com base nos diversos exemplos que ilustram as considerações a seguir.

Ademais, não cabem discussões quanto ao fato de alguns dos instrumentos de aquisição acima analisados somente poderem ser adotados pelos Municípios. Afinal, as finalidades que justificam a adoção de todos os instrumentos acima mencionados estão contempladas no rol de finalidades que possibilita que qualquer Ente Público realize desapropriações para atender às necessidades insertas na Política Urbana.

Dessa forma, pode-se afirmar que os bens públicos urbanos podem se destinar à instalação e ao funcionamento de espaços de livre permanência e de livre circulação dos indivíduos. Eles também podem ser aplicados na prestação dos serviços públicos. Eles podem se destinar à realização, instalação e conservação de obras públicas ligadas às redes de infraestrutura urbanas e ao seu funcionamento. Eles ainda podem se vincular à realização das finalidades da política habitacional e de regularização fundiária. Outrossim, eles podem se destinar à proteção do patrimônio natural e construído e à valorização da estética e da salubridade urbana. Ademais, eles podem ser aplicados para fomentar as diversas atividades privadas. Eles podem se destinar à composição do patrimônio inicial de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas pelos proprietários públicos. Além disso, eles podem ser empregados como instrumentos de ordenação e de direcionamento da expansão urbana e de execução dos planos urbanísticos. Enfim, eles podem ser destinados à geração de rendas patrimoniais aos proprietários públicos, as quais se aplicarão na realização das várias atividades insertas na noção geral de interesse público e, também, em sua acepção restrita – isto é, no direito à cidade.

Portanto, estes nove conjuntos de possibilidades de destinação marcam uma mudança na forma de se analisar a propriedade pública no Brasil, pois, enfatiza-se a função social, ao invés de restringir a análise à simples titularidade dos bens. Isto é, parafraseando Amartya Sen[143], estas possibilidades de destinação se relacionam aos fins que tornam importantes os bens públicos e a existência do instituto da propriedade pública.

No entanto, antes de analisar cada um destes conjuntos, devem-se considerar alguns aspectos. O primeiro se refere à inexistência de uma hierarquia prévia entre os conjuntos de possíveis destinações acima indicados, salvo alguns casos específicos. Afinal, a função social exige que os bens sejam empregados no "maior número possível" de usos, desde que todos eles sejam compatíveis e adequados às finalidades específicas que devam ser realizadas[144].

---

[143] SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 18.

[144] CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 431. No mesmo sentido, Thiago Marrara afirma: "Além dessa discussão, é preciso ressaltar que os bens do domínio público estatal devem ser destinados para a coletividade na maior medida possível dentro de uma perspectiva sustentável. Mesmo quando a afetação seja unitária (haja um único uso formalmente primário), ao administrador cabe geri-lo de modo a promover a maximização de utilidades na medida em que isso se harmonize com a manutenção adequada do bem para atender as futuras gerações (sustentabilidade). Como se afirmou antes 'paira sobre esses bens uma obrigação de uso múltiplo, um imperativo de que sejam geridos de modo a produzir o maior número de utilidades, externalidades positivas ou vantagens sociais'. Eis o mandamento que decorre de uma função social inerente aos bens públicos. Não bastasse isso, sobre tais bens recaem igualmente as funções sociais que incidem sobre bens móveis ou imóveis, rurais ou urbanos". (MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 150-151. Em sentido semelhante, mas tratando da propriedade privada, Ermínia Maricato também defende que os imóveis particulares se destinem a múltiplos usos. Para mais informações: MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 189.)

Admitir que um único bem público possa ser empregado em mais de uma das destinações acima denota que a realização de uma delas pode contribuir à efetividade das demais[145]. Dessa forma, em um plano macro – que englobe todo o território urbano – tem-se que estas destinações estão em uma relação simbiótica, porquanto elas são feições da função social da propriedade pública urbana.

O segundo aspecto se liga à relação de dependência entre a realização de cada um dos conjuntos de possíveis destinações e inúmeros fatores, como por exemplo, as características físicas do bem e o rol de competências constitucionais e legais atribuídas aos proprietários públicos. Ademais, estes conjuntos de possíveis destinações devem estar previstos nos planos diretores e demais documentos urbanísticos locais, ainda que isto se dê de forma implícita.

O terceiro aspecto se refere à percepção de que todos estes conjuntos de possibilidades se relacionam, em maior ou menor grau, à realização dos direitos fundamentais de impacto ou expressão espacial. Porém, esta afirmação deve ser tomada em seus exatos limites. Dizer que um determinado conjunto de destinações se liga a um ou mais direitos fundamentais apresenta um caráter exemplificativo e que não exclui a possibilidade de uma determinada destinação contribuir para a realização de outros direitos fundamentais não mencionados. Afinal, deve-se recordar que os direitos fundamentais se caracterizam por sua complementariedade e inter-relação.

Feitas estas considerações, podem-se analisar cada um dos nove conjuntos de possibilidades de destinação dos bens públicos urbanos. O primeiro deles se refere à aplicação destes bens para a instalação e o funcionamento de espaços de livre permanência e livre circulação dos indivíduos. Inserem-se neste conjunto, por exemplo, os parques, as praças, as vias públicas e demais elementos que formam o sistema de circulação urbano, o qual deve se integrar aos sistemas de circulação estadual, federal e internacional.

Este conjunto se vincula aos direitos de liberdade e aos direitos políticos[146], como, por exemplo, os direitos de livre circulação, de liberdade de reunião e de livre manifestação

---

[145] SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 57.

[146] Estas identificações entre o primeiro conjunto de possibilidades e os direitos políticos e de liberdade explica a razão de a doutrina italiana afirmar que os indivíduos são titulares de um direito cívico ao uso coletivo destes bens. Todavia, esta solução põe em discussão diversos problemas relacionados à aquisição deste direito. Por exemplo, os titulares destes direitos seriam somente aqueles indivíduos identificados como nacionais ou cidadãos de um determinado Estado? Haveria um vínculo de copropriedade entre os indivíduos e o proprietário público?
Contudo, estas discussões são afastadas diante da identificação da propriedade pública como uma função social. Afinal, enquanto um direito fundamental de titularidade dos indivíduos – não-proprietários – a função social garante a todos os indivíduos o referido direito de uso coletivo, independentemente de vínculos de nacionalidade, de cidadania, ou de quaisquer relações jurídicas especiais entre o proprietário público e os indivíduos. (PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 214-217 e 219.)

pública, que são imprescindíveis "ao bom funcionamento de uma sociedade democrática"[147]. Ademais, este conjunto se liga, também, aos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, como, por exemplo, o direito ao lazer.

O segundo conjunto de possibilidades se liga à prestação dos serviços públicos e, portanto, relaciona-se, principalmente, aos direitos fundamentais de segunda geração. Porém, isto não exclui a sua relação com atividades ligadas a alguns direitos fundamentais de primeira geração[148]. Assim, nos imóveis públicos destinados à prestação de serviços podem ser instalados, por exemplo, órgãos de apoio à atividade administrativa e de atendimento ao público em geral, escolas, equipamentos de saúde, de segurança, de transportes públicos etc. Alguns destes serviços e os edifícios onde eles estão instalados serão explorados diretamente pelos Entes Públicos, enquanto outros serão explorados pelos concessionários dos serviços públicos.

O terceiro conjunto de possibilidades de destinação é o emprego dos bens públicos na realização, instalação e conservação de obras públicas ligadas às redes de infraestrutura urbanas e ao seu funcionamento. Este conjunto também se liga aos direitos fundamentais de segunda geração, como, por exemplo, o direito ao saneamento básico, que pode ser considerado como uma derivação do direito à saúde. Outrossim, atividades ligadas ao direito à segurança também se inserem neste grupo, como ilustra o exemplo das redes de iluminação pública.

Atualmente, há uma tendência de instalação subterrânea destas redes, notadamente sob as vias públicas, embora alguns equipamentos exijam uma fixação na superfície. Assim, neste conjunto inserem-se a instalação e a conservação das redes de transmissão de energia elétrica, de água potável, de captação de águas pluviais e de esgotos etc. Inserem-se, ainda, outras obras, como a contenções de encostas, a limpeza e a drenagem dos cursos d'água e, também, outros espaços públicos, como, por exemplo, os cemitérios. Por meio destas ilustrações, tem-se que, na realidade, este terceiro conjunto de possibilidades é uma explicitação ou derivação do segundo conjunto acima analisado.

O quarto conjunto de possibilidades é a aplicação destes bens para atender às finalidades da política habitacional e de regularização fundiária, notadamente nos casos das ocupações sobre imóveis públicos. Este conjunto privilegia a fixação espacial dos indivíduos pertencentes às camadas pauperizadas, mediante a realização de ações que realizem e protejam

---

[147] SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 81-82.

[148] Conforme Amartya Sen, a prestação adequada dos serviços públicos – o que abarca a adequação da base física onde este serviço será prestado – não é estranha às orientações neoliberais ou às preocupações de caráter meramente financeiro. Afinal, segundo ele, há uma inter-relação direta entre a prestação dos serviços públicos, a realização dos direitos fundamentais e o crescimento econômico nacional – o que pode ser ilustrado, por exemplo, pelo aumento do poder de compra de consumidores, causado pelo acesso a uma rede adequada de serviços públicos. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 65.)

o direito à moradia e, portanto, permita que eles estabeleçam os laços comunitários que compõem o direito à cidade[149].

Nesta hipótese inserem-se a implantação de loteamentos populares e/ou a construção de habitações sociais – o que se relaciona à criação/fundação de novos núcleos populacionais. Esta destinação abrange, ainda, ações de regularização das ocupações de bens públicos urbanos e o reassentamento de núcleos populacionais quando isto se faça necessário.

Os Entes Públicos podem conceder títulos de uso privativo que garantam segurança jurídica aos indivíduos beneficiados por estas políticas públicas, como ilustra o caso da enfiteuse, da concessão de direito real de uso, ou da concessão de uso especial para fins de moradia. Ademais, a propriedade das unidades imobiliárias resultantes de qualquer uma destas operações pode ser transferida aos beneficiários de forma onerosa – mediante compra e venda, por exemplo – ou de forma gratuita – por meio de doação ou legitimação fundiária. Nestas hipóteses, a transferência da titularidade dos bens públicos mudará a sua natureza jurídica, porquanto eles se tornarão bens particulares, o que pode ser acompanhado de encargos e regras que objetivem preservar a destinação atribuída aos imóveis. Assim, nestes casos, estes encargos e regras comporão o conteúdo da função social da propriedade privada[150].

Em qualquer dos casos acima citados, a sobredita destinação não se restringe à mera construção do edifício ou à simples regularização jurídica do imóvel, mas abrange diversas ações públicas integradas que objetivam garantir a habitabilidade daquele núcleo populacional. Dessa forma, a destinação dos imóveis públicos urbanos para atender às políticas habitacional e de regularização fundiária se vincula às demais destinações atribuídas aos imóveis públicos urbanos e às demais ações insertas na Política Urbana. Por exemplo, a criação ou regularização de núcleos populacionais exige que se instalem espaços de livre circulação, redes de serviços públicos e infraestruturas. Além disso, é necessário que se criem condições de instalação e

---

[149] Neste sentido, as alíneas *a*, *b* e *c*, do inciso II, do artigo 4º, da Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005, prescrevem: "Art. 4º – A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar: (...) II – as seguintes diretrizes: a) prioridade para planos, programas e projetos habitacionais para a população de menor renda, articulados no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; b) utilização prioritária de incentivo ao aproveitamento de áreas dotadas de infraestrutura não utilizadas ou subutilizadas, inseridas na malha urbana; c) utilização prioritária de terrenos de propriedade do Poder Público para a implantação de projetos habitacionais de interesse social".
Igualmente, o artigo 23, da Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, prescrevem: "Art. 23 – O Poder Executivo, por meio da Secretaria do Patrimônio da União, adotará providências visando a realização de levantamento dos imóveis da União que possam ser destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, instituído pela Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005".

[150] A definição de cada uma destas hipóteses e instrumentos depende de pesquisas interdisciplinares para caracterizar o perfil daquela população e os instrumentos que serão mais adequados a cada caso.

desenvolvimento de atividades econômicas particulares que suprirão as necessidades dos moradores daquele local[151].

O quinto conjunto de possibilidades é a aplicação destes bens à proteção do patrimônio natural e construído e à valorização da estética e da salubridade urbana. Assim, este conjunto se vincula ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, ao direito ao lazer, ao direito à tranquilidade, ao direito à cultura e, até mesmo, ao direito à saúde. Estes elementos contribuem à construção dos sentidos que permitirão a identificação com o grupo e com o espaço e possibilitarão aos indivíduos atribuírem significados ao ambiente que os cerca.

Nestes casos, os imóveis podem se destinar à instalação de diversas espécies de áreas de tutela do ambiente natural. Inclui-se neste grupo, ainda, os imóveis e monumentos públicos que apresentem, isolada ou conjuntamente, características que denotem o seu interesse histórico, arquitetônico, cultural, paisagístico e social[152].

O sexto conjunto de possibilidades de destinação é o seu emprego no fomento às diversas atividades privadas. Este se liga aos direitos relacionados à liberdade econômica, ao desenvolvimento, à busca do pleno emprego, à redução das desigualdades regionais e sociais e, também, à solidariedade e corresponsabilidade entre indivíduos e grupos[153].

Este conjunto abrange a possibilidade de os imóveis públicos poderem ser empregados para criar e/ou ampliar distritos industriais e para desenvolver o turismo em um dado local[154]. Os objetivos destas medidas são estimular a manutenção das atividades

---

[151] Outras ilustrações desta inter-relação podem ser encontradas nos impactos da segurança jurídica das ocupações sobre outros elementos que compõem o direito à cidade. Este é o caso, por exemplo, da criação de condições que possibilitem aos indivíduos participarem dos processos decisórios que se referem às ações urbanísticas e à própria gestão dos bens públicos urbanos. (VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 654.)

[152] Um ponto de interseção entre este conjunto de possibilidades e o anterior é a destinação dos imóveis para a fixação e proteção de grupos sociais hipossuficientes protegidos pela Constituição ou por leis e ações públicas infraconstitucionais. Este é o caso, por exemplo, dos indígenas e dos remanescentes das comunidades dos quilombos, os quais podem estar instalados na zona urbana da sede do Município ou em núcleos urbanos distantes da sede, como distritos e povoados.
Neste caso, os imóveis públicos em que estes grupos estão instalados atendem a duas destinações. De um lado, eles contribuem para a realização do direito à moradia dos indivíduos que compõem o grupo. Lado outro, estes imóveis permitem a proteção do patrimônio natural, construído e cultural.

[153] FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 372. Denota-se, assim, que este conjunto de destinações se liga ao modelo econômico prescrito pela Constituição e, por meio do qual se buscou harmonizar elementos do Estado de Bem-Estar Social com elementos neoliberais. Afinal, os Entes Públicos se apresentarão como fomentadores da atividade econômica privada – o que se liga ao intervencionismo – e de atividades de interesse coletivo realizadas pelos indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado – o que se liga ao Neoliberalismo. (VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 20.)

[154] Percebe-se, aqui, a inter-relação entre o fomento às atividades privadas e a preservação do patrimônio natural e construído, uma vez que a preservação de sítios históricos é um polo de atração de turistas que pode contribuir ao desenvolvimento econômico dos Municípios em que se localizam estes bens.

econômicas instaladas, incentivar a sua ampliação e atrair novos agentes econômicos privados[155].

Além destes objetivos, os Entes Públicos – notadamente os Municípios – podem utilizar os bens públicos como meios de incentivo para que indústrias localizadas em áreas inadequadas – ou que se tornaram inadequadas – transfiram-se para áreas em que os seus impactos sobre a qualidade de vida urbana possam ser contidos. Dessa forma, objetiva-se corrigir as externalidades negativas decorrentes da carência ou da inaplicabilidade dos planos urbanísticos brasileiros[156].

Nestes casos, em regra, os Entes Públicos podem alienar os citados imóveis de forma onerosa ou podem conferir títulos de uso privativo onerosos aos empreendedores – por exemplo, a concessão de direito real de uso. Estas medidas devem ser acompanhadas de encargos e regras para preservar a destinação dada aos bens e para exigir que os beneficiários executem, em um dado prazo, os atos necessários para iniciar suas atividades empresariais.

Este conjunto de possibilidades de destinação também pode ser aliada às políticas habitacional e de regularização fundiária para populações de baixa renda, hipótese em que os instrumentos de alienação ou outorga de uso privativo serão, em regra, gratuitos[157]. Nesta última hipótese, estes imóveis se inserirão em programas e ações públicas de geração de emprego e renda, cujo objetivo é dinamizar a economia daquela comunidade e contribuir para o êxito da própria política pública de habitação e regularização fundiária[158].

---

[155] Consequentemente, espera-se, o aumento dos investimentos no local, a maximização das receitas públicas, a geração de novos postos de trabalho e o aumento das remunerações das diversas espécies de trabalhadores, de forma a gerar o crescimento econômico local. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 56 e 65; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Op. cit.*, p. 82-83.)

[156] Um dos efeitos da dificuldade brasileira em ordenar o espaço urbano foi permitir que a distribuição espacial das indústrias considerasse somente os interesses dos agentes econômicos privados em detrimento de qualquer preocupação com a habitabilidade urbana. Outro efeito foi permitir que nas proximidades das fábricas e distritos industriais se instalassem grandes núcleos populacionais – cujos habitantes foram atraídos pela criação dos postos de trabalho, pela falta de efetividade das políticas habitacionais e pelo custo do transporte. (HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 426-427.)
Estas ações de incentivo podem beneficiar os agentes econômicos ao aproximar atividades complementares – o que reduz o gasto com transportes e o tempo de produção – e ao facilitar o escoamento das mercadorias. Ao mesmo tempo, os Entes Públicos desenvolverão ações de contenção da poluição, mediante a criação de cinturões verdes ao redor dos distritos industriais – nos termos prescritos pela Lei n. 6803, de 02 de julho de 1980, que prescreve as "diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição".

[157] A atual redação do artigo 9º, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, prescreve: "Art. 9º – É facultado ao poder público competente conceder autorização de uso àquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas para fins comerciais. §1º – A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita. §2º – O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. §3º – Aplica-se à autorização de uso prevista no *caput* deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória".

[158] SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 56 e 65.

Este sexto conjunto abrange, ainda, a possibilidade de os imóveis públicos se destinarem ao fomento de atividades privadas consideradas de utilidade pública, de interesse social e/ou de apoio à prestação de serviços de utilidade pública desenvolvidas por entidades da sociedade civil organizada. Entre estas entidades, podem-se citar: as associações, as fundações de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Nesta hipótese, os Entes Públicos podem adotar vários instrumentos que transfiram a titularidade do imóvel ou garantam o direito de uso privativo, como, por exemplo, a doação, a locação, a concessão de direito real de uso de imóveis etc. Em todos os casos, os bens deverão ser empregados para realizar as finalidades institucionais das entidades citadas, sob pena de retornarem aos Entes Públicos. Outrossim, os títulos de alienação ou de uso privativo deverão prever que, no caso de extinção das citadas entidades, os bens retornarão aos Entes Públicos ou transferir-se-ão a outras entidades que atuam no mesmo setor ou em setores próximos àqueles da entidade extinta.

O sétimo conjunto de possibilidades se refere à hipótese de transferência dos bens públicos urbanos para compor o patrimônio inicial de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas pelos proprietários públicos. Neste caso, não importa se as pessoas jurídicas prestarão serviços públicos ou explorarão atividades econômicas – pois, o que justifica a intervenção direita dos Entes Públicos na economia é a realização de uma atividade específica inserta na noção de interesse público[159].

Como já se afirmou acima, os bens transferidos para a composição do patrimônio das entidades com personalidade jurídica de direito privado se tornarão bens particulares e, portanto, propriedade privada de seus novos titulares. Se as pessoas jurídicas criadas tiverem

[159] O artigo 173, da Constituição da República, prescreve: "Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º – A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. §2º – As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. §3º – A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. §4º – A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. §5º – A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

personalidade jurídica de direito público, os imóveis manterão a sua natureza jurídica de bens públicos, porém, tornar-se-ão propriedade pública das novas entidades criadas. Em ambas as hipóteses, estes bens se regerão por regras específicas, algumas das quais estarão contidas nos atos de criação destas pessoas jurídicas ou nos atos de transferência da titularidade destes bens. Em todos os casos, as prerrogativas proprietárias dos novos titulares serão conformadas por estas regras, as quais vincularão a destinação dos bens aos fins institucionais e aos motivos e objetivos que levaram à criação destas entidades. Isto é, estes bens se destinarão à realização dos direitos fundamentais específicos que nortearam os Entes Públicos no momento de instituição destas pessoas jurídicas[160].

O oitavo conjunto abarca a possibilidade de aplicar os bens públicos como instrumentos de ordenação e de direcionamento da expansão urbana e de execução dos planos urbanísticos. Os proprietários públicos podem empregar os seus imóveis para incentivar o desenvolvimento de determinados vetores de crescimento urbano[161]. Igualmente, estes imóveis podem ser empregados para desestimular a urbanização de determinadas regiões[162].

Ademais, por meio da constituição de reservas fundiárias, os Entes Públicos podem influenciar diretamente o mercado imobiliário urbano. De um lado, eles podem empregar estas reservas para aumentar ou reduzir a oferta de imóveis urbanizados em determinados setores e, assim, buscar conter a especulação imobiliária. Lado outro, eles podem empregar estas reservas

---

[160] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 50-51.

[161] Neste sentido se insere o caso já analisado do uso dos bens públicos para deslocar indústrias dentro do território, conforme mencionado ao analisar o sexto conjunto de possibilidades.

[162] Este conjunto de possíveis destinações, além de encontrar fundamento no direito positivo brasileiro, também encontra supedâneo no Plano de Ações da Declaração de Vancouver, da Organização das Nações Unidas, que nos itens *b* e *c*, da recomendação D. 4 afirma: "*D.4 – Public ownership. (...) b) Public ownership, transitional or permanent, should be used, wherever apropriate, to secure and control areas of urban expansion and protection; and to implement urban and rural land reform processes, and supply serviced land at price levels which can secure socially acceptable patterns of development. c) Special consideration should be given to: (i) Measures outlined in Recommendations D. 2 [Control of land use changes] and D. 3 [Recapturing plus value] above; (ii) Active public participation in land development; (iii) Rational distribution of powers among various levels of government, including communal and local authorities, and an adequate system of financial support for land policy*". Em uma tradução livre: "D.4 – Propriedade pública. (...) b) Os bens que estejam sob a propriedade pública, de forma transitória ou permanente, deverão ser utilizados para assegurar zonas de controle da expansão urbana e da sua proteção; e implementar processos de reforma urbana ou agrária, por meio da oferta de terras a preços adequados e que garantam os padrões socialmente aceitos de desenvolvimento. c) Uma atenção especial deve ser dada: (i) Às medidas delineadas nas Recomendações D.2 [Controle das alterações de uso do solo] e D.3 [Recuperação do mais valor] acima; (ii) a participação pública ativa no desenvolvimento territorial; (iii) a distribuição racional de competências entre diferentes níveis de governo, incluindo as autoridades comunais e locais, e um sistema adequado de apoio financeiro para as políticas públicas fundiárias". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Vancouver declaration on human settlements*...)

como meios de impedir a captura do mais valor urbano decorrente de intervenções públicas, mediante a aquisição das áreas próximas aos citados empreendimentos[163].

Consequentemente, este oitavo conjunto de possibilidades de destinação pode ser considerado como uma síntese dos conjuntos de possibilidades anteriormente mencionados. Afinal, todas as possibilidades de destinação anteriormente citadas podem ser empregadas para ordenar e direcionar a expansão urbana e para executar planos urbanísticos e, assim, propiciar o acesso à terra urbanizada e às redes de serviços, equipamentos e infraestruturas urbanas. Assim, esta destinação se liga diretamente ao conteúdo do direito à cidade – enquanto direito de acesso aos bens urbanos – e à própria noção de Direito Urbanístico brasileiro, uma vez que este se ocupa das relações jurídicas relacionadas à produção e à ordenação espacial.

O último conjunto de possibilidades de destinação dos bens públicos urbanos é a geração de rendas aos proprietários públicos, as quais custearão as diversas atividades públicas[164], entre as quais, aquelas vinculadas à realização do interesse público urbanístico. Estas rendas podem ser obtidas por diversos instrumentos, como a alienação onerosa ou a outorga de títulos de uso privativo que exigem a contraprestação pecuniária dos beneficiários.

Todavia, a adoção destes instrumentos exige uma avaliação criteriosa acerca da sua finalidade e da destinação a ser dada ao próprio bem. Esta ressalva significa que este último conjunto de possibilidades de destinação tem um caráter complementar e que deve, necessariamente, estar vinculado às demais possibilidades acima mencionadas. Caso contrário, os proprietários públicos poderão privilegiar a arrecadação em detrimento da realização da função social da propriedade pública urbana[165].

---

[163] Nesta hipótese poder-se-á aplicar, por exemplo, a desapropriação por zona ou extensiva, prescrita pelo artigo 4º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

[164] Ao analisar o processo de formação do Estado Português, no século XIV, Raymundo Faoro constatou que as duas destinações mais antigas atribuídas aos bens públicos foram a instalação de edifícios destinados à defesa territorial e a sua aplicação para gerar receitas. Neste último caso, os recursos arrecadados se destinavam ao custeio das atividades atribuídas ao Estado, entre as quais, pode-se citar o pagamento dos exércitos. (FAORO, Raymundo. *Op. cit*., p. 19-20.)

Conforme Victor Nunes Leal, a aplicação dos bens públicos para a geração de receitas patrimoniais também pode ser considerada uma das mais antigas destinações atribuídas a estes imóveis, no Brasil, como comprova, por exemplo, o §1º, do artigo 157, da Constituição de 1934. Este prescrevia que os Entes Públicos deviam destinar parte das receitas patrimoniais, inclusive aquelas obtidas com a alienação de imóveis, para a formação de um fundo especial destinado ao custeio da educação pública.

Entretanto, como demonstra o autor, os Municípios tinham dificuldade em aplicar regras desta espécie. Afinal, até meados do século XX, a falta de precisão quanto aos elementos que compunham as receitas municipais tornavam as receitas patrimoniais componentes importantes do orçamento dos Municípios, pois, eles possuíam poucos meios de obterem recursos para atenderem às necessidades locais. (LEAL, Victor Nunes. *Op. cit.*, p. 141, 144 e 150-152.)

[165] A primazia da arrecadação sobre as demais possibilidades de destinação se situaria naquilo que Renato Alessi denominou de prevalência do interesse público secundário em prejuízo do interesse público primário, o que, na verdade, indica um desvio de finalidade. (ALESSI, Renato. *Sistema...*, p. 153.)

Todos estes conjuntos de possíveis destinações permitem perceber que a função social da propriedade pública urbana é uma especificação da fórmula geral "função social" adotada pela Constituição, o que a insere na cadeia de densificações anteriormente exposta. Isto é, a função social da propriedade pública urbana é uma densificação da função social urbana e, portanto, do direito à cidade e, em última análise, do interesse público.

Dessa forma, a função social da propriedade pública urbana tem um conteúdo jurídico denso e que determina a conduta de todos os sujeitos que participam da relação jurídica complexa de propriedade pública. Porém, a apreensão deste conteúdo jurídico exige que se examine o papel da função social no discurso jurídico, o que se realizará a seguir.

2.2.1.3 A função social da propriedade pública urbana no discurso jurídico: a centralidade da afetação dos bens públicos urbanos

O discurso jurídico se divide em dois momentos: o discurso de justificação e o discurso de aplicação. O discurso de justificação é aquele desenvolvido na produção dos textos jurídico-normativos. Por sua vez, o discurso de aplicação é aquele realizado a partir do processo de concretização, que considera os elementos fáticos e jurídicos de um determinado caso e pelo qual se produz a norma de decisão para este mesmo caso.

Durante o discurso de justificação, a função social da propriedade pública urbana, se apresenta como princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos. Neste sentido, ela é o critério a ser considerado na definição da conformação das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias. Isto é, durante a elaboração dos textos jurídico-normativos que regerão os bens públicos urbanos devem-se observar os nove conjuntos de possibilidades de destinação apresentados, para que estes textos jurídico-normativos reúnam condições para realizar o direito à cidade[166].

---

[166] Nesta linha, a função social se insere no que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de "constitucionalização do Direito Administrativo", em que os institutos desta disciplina jurídica devem ser reconstruídos com base nos direitos fundamentais. Neste sentido, ele afirma: "Ainda como uma importante conclusão que se retira dos recentes escritos nessa linha, destaca-se a que remarca a evolução do conceito de *poder de Estado* para a *funcionalização da atividade administrativa* para a efetiva, eficiente e legítima *realização dos direitos das pessoas*, o que passa a ser adequada interpretação dos cometimentos constitucionais, não mais se reconhecendo, por isso e especialmente, a natureza de *Poder do Estado* aos órgãos de mera execução da administração pública". (itálico no original.) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 45. Em sentido aproximado: VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 289.)

Nesta senda, a pluralidade semântica ínsita ao interesse público sofre um novo processo de densificação. O número de variáveis que os criadores dos textos jurídico-normativos de Direito Administrativo e Direito Urbanístico devem considerar para realizar suas atribuições é menor do que aquelas que existem nos demais elos que compõem a cadeia de densificações do interesse público. Isto porque, eles devem considerar os nove conjuntos de possibilidades de destinações acima mencionadas, as suas possíveis conjugações e as diversas espécies de bens públicos urbanos. Assim, a partir destes elementos, os produtores dos textos jurídico-normativos definirão as prerrogativas proprietárias e não-proprietárias caracterizadoras de cada uma das diversas situações jurídicas proprietárias envolvendo os bens públicos urbanos.

Como se vê, a indeterminação, ínsita à função social da propriedade pública urbana, não será completamente eliminada durante o discurso de justificação. Os nove conjuntos de possíveis destinações e as suas conjugações ainda estão em tensão e, portanto, resta um grau de indeterminação, pois, os produtores dos textos jurídico-normativos podem adotar um ou mais conjuntos como critérios norteadores das atividades estatais *in concreto*.

Ademais, cada um destes conjuntos de possibilidades abrange diversas destinações concretas. Por exemplo, no caso do segundo conjunto, os imóveis públicos se destinarão à prestação dos serviços públicos em geral, o que significa que eles podem se destinar aos serviços públicos de saúde, educação, segurança etc.

Além disso, em regra, os textos jurídico-normativos não eliminarão as competências discricionárias de os gestores públicos elegerem entre as diversas destinações concretas que compõem cada conjunto aquela que será mais adequada a cada um dos bens públicos. Afinal, esta decisão exige uma avaliação dos elementos factuais que compõem o caso, cuja análise, muitas vezes, ultrapassa os limites do discurso de justificação.

Outra limitação inerente ao discurso de justificação é que o rol dos nove conjuntos de possibilidades de destinação acima não apresenta um caráter estático. Ele está sujeito às mudanças da realidade, à ampliação do rol dos direitos fundamentais e às alterações dos textos jurídico-normativos que serviram de base para a sua elaboração. Consequentemente, o princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos se caracteriza por sua mutabilidade. Por exemplo, a ênfase e os incentivos atribuídos, atualmente, ao uso de bicicletas como meio de transportes gera a necessidade de se criarem ciclovias, o que, obriga os Municípios a destinarem áreas nas vias públicas para atenderem a esta necessidade.

Outrossim, no discurso de justificação, a função social da propriedade pública urbana se caracteriza por sua supremacia, uma vez que ela é o elemento definidor do regime jurídico proprietário aplicável a cada uma das diversas espécies de bens públicos urbanos. Ao

mesmo tempo, a função social da propriedade pública urbana também se caracteriza por sua indisponibilidade, pois, ela é a densificação do interesse público urbanístico[167] e tem a natureza jurídica de um direito fundamental, nos termos do inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição.

A supremacia e a indisponibilidade não são prejudicadas pelo elemento participativo que caracteriza a produção dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico. As negociações realizadas para produzi-los ocorrem na fase pré-legislativa e a função social, enquanto conformação das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias decorrentes de um dos nove conjuntos de possibilidades acima expostos, é o resultado deste processo. Portanto, como resultado, a função social da propriedade pública urbana – ou, no caso, o princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos – é suprema e indisponível[168].

A supremacia e a indisponibilidade da função social da propriedade pública urbana também não são impactadas ou prejudicadas pela mutabilidade. A mutabilidade exige a produção de novos textos jurídico-normativos ou a modificação dos conteúdos semânticos dos textos jurídico-normativos existentes para permitir a realização do interesse público urbanístico. Assim, a mutabilidade se apresenta como um elemento que obriga a permanente atualização dos textos jurídico-normativos, o que, por vezes, indica a necessidade de se modificar os resultados produzidos durante o discurso de justificação.

Durante o discurso de aplicação, o gestor público selecionará, entre os nove conjuntos de possibilidades de destinação acima descritos, aquele ou aqueles – se eles forem compatíveis – que poderão ser atribuídos a um imóvel público urbano específico. Ele também elegerá, entre as possíveis destinações concretas que compõem cada um dos citados conjuntos, aquela ou aquelas que serão de fato atribuídas a um bem público específico. Consequentemente, neste momento, a função social da propriedade pública urbana se apresenta como princípio da função social do imóvel público urbano.

Assim, vê-se que este ato decisório de atribuição de uma ou mais destinações concretas ao bem público urbano ocupa um papel nuclear na definição da propriedade pública urbana como função social. Por esta razão, o exame deste ato decisório merece um tratamento apartado, o qual será realizado abaixo.

---

[167] Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma que: "O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 37.)

[168] *Ibid*., p. 120-121.

2.2.1.3.1 A afetação como ato de concretização da função social do imóvel público urbano

Nos termos anteriormente expostos, o discurso de aplicação se caracteriza por um processo de concretização que objetiva produzir a norma de decisão para um determinado caso. Por meio deste processo, o decisor definirá a destinação concreta que deverá ser atribuída a um determinado imóvel público urbano.

Neste processo, inicialmente, o decisor deverá obter o programa da norma, mediante a seleção dos possíveis significados que o princípio da função social do imóvel público urbano poderá apresentar naquele caso. Isto é, com base nos dados fornecidos pelos textos jurídico-normativos produzidos durante o discurso de justificação ele deverá, mediante a interpretação literal, selecionar qual ou quais conjuntos de possíveis destinações aplicar-se-ão ao imóvel público e quais não se aplicarão.

Imagine-se que os textos jurídico-normativos prescrevam que aquele imóvel poderá se destinar ao uso coletivo ou à instalação de um prédio destinado à prestação de um serviço público[169]. Assim, em um primeiro momento, qualquer das destinações contidas em cada um dos citados conjuntos são legítimas. Além disso dentro de cada uma destes conjuntos existem inúmeras outras opções a serem avaliadas e decisões a serem tomadas.

Por exemplo, se o imóvel se destinar ao uso coletivo, deve-se decidir se será instalado um parque ou uma via pública. Neste caso, dever-se-á decidir se esta via será exclusiva para pedestres ou se ela admitirá o tráfego de veículos. Se for admitido o tráfego de veículos, deve-se decidir qual será o porte dos mesmos, se esta via será de mão única ou de mão dupla, se será admitido o estacionamento de veículos, se este estacionamento será em um ou em ambos os lados da via etc.

Por sua vez, se for instalado um edifício para abrigar um serviço público, deve-se definir qual serviço será instalado. No caso de se instalar uma escola pública, dever-se-á definir quantos alunos esta escola deverá atender e quais séries ou graus de ensino serão ofertados. No caso de um equipamento público de saúde, dever-se-ão definir a capacidade de atendimento do ambiente, quais as especialidades de tratamento serão ofertadas etc.

Porém, estas definições demandam do decisor a observância de diversas outras questões jurídicas e extrajurídicas. Assim, ele deve confrontar os possíveis significados do

[169] Estas ilustrações são construídas a partir das discussões apresentadas por Juarez Freitas acerca dos impactos da Constituição de 1988 sobre as competências discricionárias. Para mais informações: FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 15-16 e 30-48.

princípio da função social do imóvel público urbano – obtidos na análise do programa da norma – com os demais textos jurídico-normativos aplicáveis à questão e com os elementos fáticos e técnicos que caracterizam aquela situação. Portanto, neste momento, o decisor estará diante da análise do âmbito da norma – a parcela da realidade atingida pela decisão – o que exige a interpretação sistêmica, que considerará todos os elementos acima mencionados.

Neste sentido, retomando as ilustrações anteriormente mencionadas, o decisor deverá considerar, por exemplo, quais os usos que são admitidos naquela zona da cidade, as regras construtivas e demais parâmetros urbanísticos aplicáveis àquele imóvel. Outrossim, deverão ser consideradas as demandas dos moradores daquela região e dos demais habitantes da cidade, as quais, provavelmente, já foram selecionadas durante o processo de elaboração dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico. Ele deverá considerar diversos aspectos técnicos como, por exemplo, a capacidade da infraestrutura urbana para receber qualquer uma das destinações que compõem os conjuntos de possibilidades anteriormente selecionados. Neste mesmo sentido ele deverá examinar os aspectos físicos do imóvel, como, por exemplo, a sua declividade, além das demais atividades públicas e privadas já instaladas no local.

Imagine-se que após estas verificações se constate que a área do terreno e os demais elementos físicos são adequados para comportar qualquer uma das destinações que compõem os citados conjuntos e que todas estas destinações são admitidas naquela zona. Ademais, os índices urbanísticos aplicáveis ao imóvel admitem a construção dos citados edifícios públicos ou a instalação da via pública e, além disso, o bairro é atendido por uma rede de infraestrutura urbana que pode suportar o acréscimo decorrente de qualquer uma destas destinações.

Continuando em sua análise do âmbito da norma, imagine-se que o decisor verifica que o sistema de circulação daquele bairro atende às necessidades daquele núcleo populacional e daqueles que lhe são próximos, pois, todos se destinam a fins residenciais. Outrossim, os habitantes do citado bairro são atendidos satisfatoriamente pelos equipamentos de saúde dos bairros vizinhos, pois, os mesmos se localizam nas imediações do primeiro núcleo populacional. Assim, caso fosse construído um novo centro de saúde, este e aqueles que já existem nos bairros vizinhos ficariam com a sua capacidade ociosa.

Ademais, ao analisar as demandas daquela população – conforme expressadas na elaboração dos documentos de urbanismo – e os dados dos alunos residentes naquela região, o decisor constata a necessidade de se construir uma escola pública naquele bairro. Conforme os citados dados, a escola a ser construída deverá abranger todas as séries para atender aos alunos que residem naquele bairro. Além disso, os citados dados indicam que a falta de escolas públicas no bairro obriga os alunos a se deslocarem para outras regiões da cidade o que impacta

no sistema de circulação e, também, gera a superlotação de algumas escolas situadas nos bairros vizinhos. Estes dados permitem constatar que as vias públicas existentes podem suportar o acréscimo de tráfego decorrente da instalação da escola. Enfim, verifica-se que as demais atividades públicas e privadas situadas nas proximidades do bem público são compatíveis com a instalação de uma escola pública naquele local.

Por meio da citada ilustração percebe-se que a análise de todos estes aspectos permite que, primeiramente, o decisor selecione dois conjuntos de possibilidades de destinação que podem ser atribuídos ao bem público. Em seguida, ele pode selecionar entre as destinações concretas que compõem cada um destes conjuntos, aquelas que se aplicam ao caso. Posteriormente, o decisor pode eleger entre as possíveis destinações concretas aquela que, naquele momento, é a destinação adequada a ser atribuída ao imóvel público, ou seja, a única destinação que concretiza, no caso, o princípio da função social do imóvel público urbano.

Assim, o ato decisório que resulta do processo de concretização que caracteriza o discurso de aplicação é a afetação – no caso do exemplo acima, a afetação do imóvel para a instalação da sobredita escola pública. Por meio da afetação, as possibilidades de preenchimento semântico do princípio da função social do imóvel público urbano se referirão aos aspectos concretos atinentes ao bem público atingido pelo citado ato decisório. Portanto, ainda que temporariamente e de forma instável, o ato decisório de afetação põe fim à tensão que existia entre as destinações, pretensões e direitos que, *a priori*, poderiam incidir sobre o citado imóvel público urbano.

Dessa forma, tem-se que a afetação é o ato por meio do qual se seleciona uma ou mais destinações concretas – desde que elas sejam compatíveis – a serem atribuídas ao imóvel público urbano. O professor Norbert Foulquier, ao tratar da noção de afetação, retoma a definição dada pelo *Commissaire du Gouvernement* – Comissário do Governo – Latournerie, em 1935. Segundo ele, "*l'affectation 'est la détermination du but assigne à un bien ou à une institution juridique et qui donne à la fois, aux pouvoirs impartis aux autorités publiques qui ont à atteindre ce but, leur fondement et leur mesure*"[170].

A afetação, ao atribuir uma destinação concreta ao imóvel público urbano, também contribui para determinar as formas de exercício das prerrogativas proprietárias e não proprietárias que estão em consonância ao princípio da função social do imóvel público urbano. Isto é, ela define quais os interesses que incidirão sobre o bem e permite analisar se o

[170] Em uma tradução livre: "a afetação 'é a determinação do objetivo atribuído a um bem ou a uma instituição jurídica e que, ao mesmo tempo, confere às autoridades públicas que devem realizar este objetivo o seu fundamento e a sua medida". (LATOURNERIE *apud* FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 29.)

proprietário público, os usuários e os eventuais beneficiários de títulos de uso privativo exercem suas prerrogativas de forma a realizar, faticamente, a destinação concreta atribuída ao imóvel.

Neste sentido, a afetação enquanto meio de atribuição de uma destinação concreta ao imóvel público urbano ocupa um papel central em todo o esquema exegético acima elaborado. Afinal, como já se afirmou, a função social da propriedade pública urbana não se satisfaz com a mera expedição de textos jurídico-normativos. Ela impõe a produção de efeitos pragmáticos que sejam dotados de condições de alterar a realidade e permitir a efetividade dos direitos fundamentais cuja realização dependa dos imóveis públicos urbanos.

Em razão da centralidade da afetação e da sua vinculação à realidade fática é que se podem apreender as demais características que ela apresenta no citado esquema exegético. Estas características denotam que a afetação é o ato de concretização do interesse público urbanístico no que concerne aos bens públicos urbanos – isto é, a afetação é o ato que concretiza a função social da propriedade pública urbana[171].

Uma vez que o processo de concretização que origina o ato decisório de afetação exige que se considerem os elementos fáticos e os demais textos jurídico-normativos que incidem sobre o imóvel, tem-se que a afetação se caracteriza por sua mutabilidade. Isto é, a destinação originalmente atribuída a um imóvel público pode ser modificada, o que explica a razão de se ter afirmado que a afetação atribuída ao bem somente põe fim, de forma instável e temporária, à tensão que existia entre as possíveis destinações que lhe poderiam ser dadas.

No caso do exemplo acima, imagine-se que o citado imóvel em que se instalará a escola pública seja um bem público municipal. Porém, após a atribuição desta afetação, o Estado federado em que se situa o Município transforma um prédio estadual – já construído e localizado no bairro – em uma escola pública estadual cuja capacidade ultrapassa o número de alunos residentes naquela parte do território urbano. Nesta hipótese, a existência de ambas as escolas no mesmo bairro fatalmente significará que uma delas – ou ambas – ficarão com parte de sua capacidade ociosa. Dessa forma, diante desta mudança da realidade, a instalação da escola municipal se tornou desnecessária, o que exige que o Município atribua uma nova afetação ao imóvel.

Se as condições para a instalação da via pública e do equipamento público de saúde se mantiverem inalteradas, tem-se que estas destinações não são aptas a realizar a função social do imóvel público urbano. Assim, o Município deverá analisar outras possibilidades de

[171] Em última análise, o ato de afetação concreta de um bem público cristaliza o interesse público. Isto é, a afetação torna aquele bem o suporte material de uma atividade pública que permite a realização direta ou indireta de um dos direitos fundamentais. (PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 35.)

afetação. Por exemplo, ele poderá afetá-lo para a construção de habitações sociais, cujos futuros moradores poderão se beneficiar da infraestrutura já instalada e, também, das novas vagas abertas na sobredita escola pública estadual.

Além disso, enquanto resultado do processo de concretização, a afetação se caracteriza por sua supremacia face a todas as demais destinações que, *in abtracto* e *a priori*, podiam ser atribuídas ao bem. Obviamente, esta supremacia somente se manterá enquanto as situações fáticas e os elementos jurídico-normativos que se referem ao imóvel permanecerem inalterados ou se as eventuais modificações não exigirem que se atribua uma nova afetação ao imóvel público. Nesta hipótese, estes elementos supervenientes poderão tornar a afetação originalmente atribuída contrária ao princípio da função social do imóvel público urbano – já que o uso ao qual este bem se destina pode ter-se tornado um uso não-tolerado[172].

Enfim, enquanto resultado do processo de concretização, a afetação também se caracteriza por sua indisponibilidade. Afinal, como solução de um caso concreto, a afetação não se sujeita à transação, embora, ela possa depender da realização de uma condição ou que o proprietário público cumpra um encargo para que este ato se torne perfeito.

Entretanto, dizer que a afetação é indisponível, porquanto é o ato decisório que resulta do processo de concretização, não exclui a possibilidade deste mesmo processo exigir a participação popular e/ou a concertação dos diversos interesses envolvidos. Um dos elementos que marca o direito à cidade – do qual o ato de afetação é uma densificação – é a participação dos envolvidos nos diversos processos decisórios que caracterizam a produção e a ordenação do espaço. Assim, o caráter democratizador que deve permear toda a decisão urbanística também ocorre durante a produção do ato de afetação e objetiva legitimá-lo.

Porém, este caráter democratizador não significa que, após expedido, este ato se sujeite à transação. Se isto ocorresse, haveria a perda do caráter decisório, o comprometimento da conformação das prerrogativas proprietárias e não-proprietária e, principalmente, impedir-se-ia a realização da função social do imóvel público urbano[173].

Demonstradas estas características e a centralidade da afetação no esquema exegético de definição da função social da propriedade pública urbana torna-se necessário analisar outros aspectos referentes a este ato decisório. A análise destes outros aspectos, por um lado, reafirma o caráter decisório da afetação e a sua vinculação aos elementos fáticos inerentes

---

[172] Imagine-se que, com o passar do tempo, os moradores abandonaram este bairro e ele adquiriu novas funções que levaram a uma alteração do zoneamento que o tornou um bairro industrial, que, em razão da poluição tornou proibitiva a manutenção da citada escola naquele local.

[173] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 118 e 120-121.

ao processo de concretização acima descrito. Por outro lado, o exame destes outros aspectos possibilita demonstrar alguns efeitos da afetação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1.3.2 As formas e os efeitos dos atos de afetação e de desafetação

Considerar a afetação como a decisão resultante do discurso de aplicação implica em reconhece-lo como o ato jurídico emitido pelo proprietário público e que se endereça a todos os não-proprietários, independentemente da natureza jurídica da sua personalidade. A afetação tem como destinatários os usuários, os beneficiários de títulos de uso privativo, os ocupantes do bem público, enfim, todas as pessoas físicas e jurídicas.

Porém, afirmar que a natureza jurídica da afetação é a de ato jurídico apresenta três consequências. Primeiramente, reconhece-se que a afetação encarna um comando – ela prescreve condutas juridicamente adequadas – o que afasta a hipótese de bens naturalmente afetados a qualquer destinação pública, como, por exemplo, ao uso coletivo.

Assim, os denominados bens naturalmente destinados ao uso coletivo, como as praias, as vias públicas, as praças etc, são aqueles cuja afetação decorre da lei ou da própria Constituição[174]. Neste caso, a lei poderá operar como ato constitutivo e atribuir uma finalidade completamente nova ao bem público, ou, ela terá um caráter declaratório e apenas reconhecerá a destinação ou o uso tradicional que os indivíduos já conferiam ao imóvel.

Em alguns casos, a lei será suficiente para atribuir a afetação ao bem, como ocorre por exemplo, com as leis de efeito concreto[175], como aquelas que conferem nomes às vias públicas. No entanto, em outras situações, far-se-á necessária a edição de atos jurídicos posteriores que sejam capazes de individualizar o bem, ou que especifiquem, de forma detalhada, os efeitos da afetação. Este é o caso, por exemplo, das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, nos termos prescritos pelo artigo 231, da Constituição[176].

---

[174] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 29. No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma: "Mesmo os bens que contém características que normalmente remetem à condição de 'bens públicos por sua própria natureza', como os rios, mares e praias, são bens públicos não pelo seu conteúdo natural, mas por expressa referência constitucional ou, em alguns casos, legal". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 122. Em sentido oposto: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 143.)

[175] Leis de efeito concreto são aquelas que, em sua substância, são atos administrativos. Porém, formalmente, elas são leis, pois, foram editadas pelo Poder Legislativo e seguiram as regras do processo legislativo para edição desta espécie de textos jurídico-normativos.

[176] O *caput* e os §§1º e 2º, do artigo 231, da Constituição prescrevem que: "Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. §1º

A segunda consequência se refere à forma dos atos de afetação. No Brasil, como nos demais Estados da Europa latina ocidental, em regra, a afetação dos bens públicos não exigem formalidades específicas, o que significa que ela pode se apresentar com as mais diversas conformações jurídicas.

Como se viu acima, a afetação pode ser veiculada por meio de lei. Todavia, um bem também pode ser afetado por meio de contrato, como, por exemplo, no caso de um bem público ser concedido para que o concessionário o explore para fins de instalar um mercado municipal. Outra ilustração pode ser encontrada nos contratos que têm por objeto a construção de um determinado prédio público que, quando terminado, abrigará uma coleção de obras de arte e, portanto, destinar-se-á à instalação de um museu. Outra hipótese pode ser encontrada no contrato de locação, em que se afeta um determinado bem público para a moradia de servidores públicos ou para a instalação de um empreendimento comercial.

Além disso, os bens públicos podem ser afetados por meio de atos administrativos das mais variadas espécies, desde um decreto a uma mera ordem exarada pelo proprietário público. Ademais, a afetação pode se apresentar como um dos efeitos de um ato administrativo que não tinha por escopo imediato atribuir uma finalidade pública específica ao bem. Este é o caso, dos exemplos ofertados por Odete Medauar e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em que um serviço público é transferido de um prédio público para outro, o que tornará este segundo edifício afetado à prestação do citado serviço[177].

A terceira consequência decorrente do reconhecimento de que o ato decisório de afetação é um ato jurídico se liga às formas de extinção e/ou modificação da destinação originalmente atribuída ao bem. Como qualquer ato jurídico no direito brasileiro, a afetação se extingue em decorrência da extinção do bem, como ocorre, por exemplo, com o incêndio de um prédio público que estava afetado à prestação de um serviço público. Ademais, a extinção e/ou

---

– São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. §2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes".

Dessa forma, verifica-se que a Constituição prescreveu, expressamente, que as citadas áreas são bens públicos federais e, além disso, afetou-os à preservação e à reprodução socioeconômica e cultural das populações indígenas que as ocupam. Assim, a Constituição não identificou estes bens, mas, reenviou este dever à União e definiu que as demarcações deveriam ser realizadas até 1993, nos termos do artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Porém, até os dias atuais, a União não se desincumbiu de realizar estas demarcações.

[177] Ainda que se denomine esta forma de afetação de implícita, tácita ou informal, deve-se reconhecer que ela exige a edição de um ato administrativo que contenha a devida explicitação das razões fáticas e jurídicas que levaram à transferência do citado serviço público. (MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 252; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 671, 675 e 677.)

modificação de afetação também pode decorrer de um ato jurídico – uma lei, um contrato ou um ato administrativo – que retire a afetação dada ao bem ou que lhe atribua outra afetação[178].

Entretanto, devem-se observar duas nuances relacionadas à extinção e à alteração da destinação atribuída ao bem público por meio do ato de afetação. A extinção da afetação pode decorrer de um fato ou de um ato jurídico, mas, a alteração da afetação originalmente atribuída somente pode resultar de um ato jurídico. Ademais, o ato jurídico que atribui uma nova afetação ao bem produz dois efeitos simultâneos, pois, primeiramente, ele retira a afetação atribuída ao bem e, em seguida, confere uma nova destinação a ele.

Dessa forma, o ato jurídico que extingue a destinação, originalmente, atribuída ao bem se apresenta como um ato contraposto ao ato de afetação e se denomina ato de desafetação. Este ato apresenta as mesmas características do ato de afetação, porém, seus efeitos são opostos ao primeiro e, neste sentido, o ato de desafetação também se insere como um ato decisório que resulta do processo de concretização que marca o discurso de aplicação. A principal justificativa para a existência deste ato contraposto é a mutabilidade das condições fáticas e jurídicas que determinaram a produção da norma de decisão que resultou do citado discurso de aplicação.

A inserção do ato de desafetação no esquema exegético aqui proposto denota que ele não é oposto ao princípio da função social da propriedade pública urbana. Na realidade, ele é um mecanismo importante à efetividade do princípio.

De um lado, a desafetação possibilita alterar a destinação originalmente atribuída ao bem para conferir-lhe uma nova finalidade que se adequa às alterações das condições fáticas e jurídicas que caracterizam o princípio da função social do imóvel público urbano. Lado outro, a desafetação pode ampliar as prerrogativas do proprietário público, pois, pode autorizá-lo a alienar o bem por meio de instrumentos de direito privado, em consonância ao princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos.

Portanto, diversamente do que se poderia imaginar em um primeiro momento, o antônimo da expressão "bens afetados" não é "bens desafetados", mas, "bens não-afetados" a qualquer finalidade pública específica. Obviamente que a não-afetação pode decorrer de um ato de desafetação que não seja seguido da alienação deste bem ou que não seja acompanhado de um novo ato de afetação que atribua uma nova destinação pública específica a ele. Porém, a não-afetação também pode ser uma consequência da omissão do proprietário público que não atribui uma destinação pública ao bem desafetado ou que não o emprega para atender ao fim público contido no ato de afetação.

---

[178] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 887-888.

Todavia, a não-afetação não é a única forma de descumprimento do princípio da função social da propriedade pública urbana. O proprietário público também desatende o princípio quando atribui ao bem uma afetação não autorizada pelos textos jurídico-normativos.

Imagine-se que as leis de zoneamento e uso e ocupação do solo de um Município prescrevam que uma determinada zona da cidade se destina a fins exclusivamente industriais e que neste local já se encontrem instaladas diversas indústrias poluentes. No centro desta zona situa-se uma área pública e o seu proprietário a afeta para fins residenciais, com o objetivo de construir casas para atender à população carente.

Neste caso, a afetação do bem público é contrária à afetação/destinação urbanística da zona, o que torna o ato jurídico de afetação ilícito. Afinal, esta afetação ultrapassa a conformação das prerrogativas do proprietário público, as quais são determinadas pelos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico. Ademais, a atribuição desta destinação contraria o princípio da função social do imóvel público urbano, pois, esta destinação é incompatível com todos os imóveis situados naquela zona.

Assim, esta ilustração denota que a decisão de afetar os bens públicos não é tão ampla como se poderia imaginar inicialmente. Na realidade, como se verá adiante, esta competência discricionária e todas as demais prerrogativas proprietárias e de gestão dos bens públicos urbanos são conformadas pelos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico[179].

Além destes efeitos, os atos de afetação e de desafetação apresentam outros impactos. Como já se mencionou, um deles é a determinação concreta das prerrogativas do proprietário público. Bens afetados ao uso coletivo e à prestação de um serviço público somente podem ser alienados por meio de instrumentos de direito público. Por sua vez, os bens que perderam estas destinações em razão de um ato de desafetação podem ser alienados por instrumentos de direito público e de direito privado[180].

Ademais, a afetação define os usos compatíveis e incompatíveis à destinação pública atribuída ao bem. Considerar-se-ão compatíveis os usos que não se oponham àquela destinação conferida pelo ato de afetação, afinal, os bens públicos devem desempenhar o maior

---

[179] A este respeito, Diógenes Gasparini, ao analisar os bens destinados à prestação dos serviços públicos afirma que: "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". Mais à frente, ao tratar dos bens dominicais, o autor complementa: "Assim, a União não pode dar bem dominial de sua propriedade qualquer utilização que contrarie a lei municipal de uso e ocupação do solo". (*Ibid*., p. 886.)

[180] Em razão desta distinção, o §3º, do artigo 12, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, prescreve que os bens destinados ao uso coletivo e à prestação de um serviço público não poderão ser dados em enfiteuse. Este instrumento de uso privativo se caracteriza pela transferência do domínio útil ao beneficiário do título, o que, equivale a uma espécie de alienação que dificulta a retomada do bem pelo proprietário público. Afinal, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, este instrumento confere ao seu titular o direito real sobre coisa alheia que mais se aproxima da propriedade.

número de funções possível. Por sua vez, serão incompatíveis aqueles usos que estejam em contradição a mencionada finalidade[181].

Por exemplo, uma via pública está afetada à circulação de pedestres, mas, esta afetação não impede a instalação de uma banca de jornal. A área ocupada será diminuta e não impedirá o tráfego. Além disso, a atividade desenvolvida se adequa à realização de diversos direitos fundamentais – a liberdade econômica do vendedor e o direito à informação dos transeuntes – os quais também se compatibilizam à função social da propriedade pública.

Neste mesmo sentido, a citada destinação não é contrariada pelo fechamento da via pública nos casos de obras de conservação da pavimentação, de reparos das redes de infraestrutura subterrâneas, da realização de feiras livres, festas populares e passeatas. Estes usos também encontram fundamento na função social e se caracterizam pela transitoriedade e, uma vez encerrados, a via pública voltará ao seu uso corriqueiro.

Entretanto, o fechamento das vias públicas com o objetivo de impedir o tráfego de indivíduos que não residam no local contraria a citada destinação. Neste caso, ainda que os moradores afirmem pretender garantir o seu direito à segurança, está-se diante de uma forma de privatização do bem público que impede a livre circulação dos indivíduos, com base em critérios que não encontram base no sistema jurídico. Além de a hipótese não encontrar previsão expressa ou implícita no ordenamento jurídico, ela envolve situação de perigo abstrato – ou potencial – cuja concretização não é certa. Ademais, em regra, esta medida escamoteia critérios discriminatórios relacionados a diferenças socioeconômicas e étnicas[182], que contrariam o próprio Texto Constitucional[183].

---

[181] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso*..., p. 15-26.

[182] Um exemplo de decisão judicial neste sentido pode ser encontrado no caso *Adams v. Ursell*, conforme descrito por Ronald Coase. Para mais informações: COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 84-86.

[183] A adoção do critério da compatibilidade/incompatibilidade dos usos, segundo a função social atribuída pelo ato de afetação insere novos elementos explicativos nas discussões relacionadas às formas de uso dos bens públicos. Este é o caso, por exemplo das distinções entre usos ordinário e extraordinário, por um lado, e entre usos normal e anormal, por outro.

O uso ordinário e o uso extraordinário são compatíveis à afetação específica do bem público, porém, o último exige a expedição de um título administrativo especial e/ou a remuneração dos usuários, como ilustra o caso do tráfego de veículos pesados nas autoestradas – por exemplo, aqueles que transportam turbinas para hidrelétricas. Nesta hipótese, a autorização administrativa se justifica por diversas razões. Por exemplo, a definição de horário especial e velocidade reduzida para a locomoção do automóvel, de forma a minimizar os impactos sobre os usuários da via pública, a necessidade de se mobilizarem agentes públicos para controle do trânsito. Ao mesmo tempo a contraprestação pecuniária é um meio de remunerar o proprietário público pelo maior desgaste da via pública em razão do peso do veículo e de auxiliar no custeio dos agentes públicos que foram mobilizados para a operação.

Por sua vez, o uso normal é aquele identificado à afetação do bem, enquanto o uso anormal é aquele que é diferente da destinação específica atribuída ao bem. Por meio do critério da compatibilidade deve-se observar se o uso anormal é faticamente compatível à destinação específica atribuída ao bem ou se há alguma previsão jurídica expressa ou implícita que autorize esta espécie de uso. Caso nenhum destes critérios alternativos se

Outro efeito do ato de afetação de um bem público a uma destinação concreta é a atração do conjunto de regras jurídicas e técnicas que regem a realização deste fim público[184] e o uso deste bem pelos agentes públicos e por terceiros[185]. Este plexo de regras se liga ao princípio da função social da propriedade pública urbana e à possibilidade de os Entes Públicos serem responsabilizados por danos decorrentes de seus atos comissivos ou omissivos relacionados à realização das atribuições que lhes competem.

Porém, nem toda ação ou omissão dos Entes Públicos, no que concerne ao cumprimento de suas atribuições é uma mácula ao princípio da função social da propriedade pública urbana. Para que exista esta identificação deve existir uma relação de causa e efeito, em que o dano produzido pela ação ou omissão dos Entes Públicos decorra da inadequação do bem público ao atendimento da destinação para a qual ele foi afetado.

Neste sentido, imaginem-se duas situações. Na primeira, as cirurgias realizadas em um hospital municipal são paralisadas em razão de o Município não ter adquirido os medicamentos necessários à realização dos citados procedimentos. Na segunda situação, tem-se a interrupção da realização de procedimentos cirúrgicos porque as dimensões das salas de cirurgia são inadequadas ou porque elas estão em mau estado de conservação.

---

apresente, estar-se-á diante de um uso incompatível e que, portanto, mostra-se contrário à função social. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso*..., p. 15-26.)

[184] Outra ilustração pode ser encontrada nas áreas públicas destinadas à instalação de distritos industriais. Neste caso, atrair-se-ão as regras relacionadas às diversas espécies de atividades industriais que serão desenvolvidas no local. Igualmente, a atribuição desta destinação atrai as regras da Lei n. 6.803, de 02 de julho de 1980, que prescrevem "as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas zonas críticas de poluição".
Conforme o artigo 1º, da citada lei, as zonas industriais são divididas em três espécies: zonas de uso estritamente industrial, zonas de uso predominantemente industrial e zonas de uso diversificado. As zonas de uso estritamente industrial destinam-se aos estabelecimentos industriais cujos resíduos, ruídos, vibrações emanações e radiações não podem ser controlados ou tratados, causando perigo à população. Portanto, as indústrias devem se situar em locais com elevada capacidade de assimilação de efluentes e que favoreçam a instalação de infraestrutura e serviços básicos necessários ao seu funcionamento e segurança, mantendo, ainda, anéis verdes de isolamento para proteger as zonas circunvizinhas contra efeitos residuais e acidentes.
As zonas de uso estritamente industrial destinam-se preferencialmente, à instalação de estabelecimentos industriais cujos efluentes podem ser controlados e tratados por métodos técnicos adequados, não causando, desta maneira, incômodos sensíveis à população. Devem se localizar em áreas que favoreçam a instalação adequada de infraestrutura de serviços básicos necessária ao seu funcionamento e segurança, tendo em seu interior áreas de proteção ambiental, com o fito de minorar os efeitos dos poluentes.
Nas zonas de uso diversificado, localizam-se as indústrias, cujo processo produtivo é complementar e compatibilizado, independente de uso de métodos especiais de controle de poluentes, com as atividades do meio urbano ou agrário. Desta forma, num primeiro momento, não ocasionam inconvenientes à população.

[185] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 159. Neste sentido, Diógenes Gasparini, ao analisar os bens destinados ao funcionamento dos serviços públicos, afirma que: "Quando [os bens são] passíveis de utilização por terceiros, há de se observar certa formalidade (autorização, horário, preço, regulamento), como se dá com o uso das escolas pelos alunos, e dos museus pelos visitantes". (*Ibid.*, p. 885-886. No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 1163; MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 152. Para Hayek estas regras têm caráter meramente organizacional e, portanto, não determinam a conduta dos indivíduos, embora elas impactem nas possibilidades de uso destes imóveis por terceiros. Para mais informações: HAYEK, Friedrich August von. *Direito... v. 3*, p. 51-52.)

Outro exemplo relacionado aos prédios públicos destinados à prestação dos serviços públicos de saúde pode ser encontrado no caso de infecções hospitalares que exigem a paralisação dos serviços públicos prestados no citado imóvel. Estas infecções podem decorrer de fatos imprevistos e que ultrapassam as possibilidades humanas de evita-las. Elas também podem decorrer da ausência de limpeza dos ambientes ou de falhas nos procedimentos de desinfecção. Enfim, estas infecções também podem ter a sua causa na própria conformação física do edifício que se mostra propício à ocorrência e disseminação dos patógenos[186].

Em todas as situações, a omissão municipal paralisou a prestação dos serviços de saúde, o que maculou a continuidade do serviço público, mas, somente na última situação de cada ilustração, a interrupção decorreu do descumprimento da função social da propriedade pública urbana. Ademais, em todas estas hipóteses, os indivíduos prejudicados pela omissão municipal poderão propor ações de reparação de danos, com fundamento na responsabilidade extracontratual do Município. No mesmo sentido, os usuários deste serviço público – individual ou coletivamente –, as entidades da sociedade civil organizada e o Ministério Público poderão propor ações para discutir a ilicitude da omissão municipal.

No entanto, no Brasil, há um silêncio quanto aos casos que envolvem o descumprimento da função social da propriedade pública urbana e os seus efeitos sobre a realização adequada das atribuições dos Entes Públicos. Em regra, os casos relacionados a esta matéria sequer são estudados pela doutrina ou chegam a ser analisados pelo Poder Judiciário, pois, eles são vistos como fatalidades e/ou erros do projeto de construção. Sequer a Administração Pública se preocupa com a questão, apesar de seus evidentes efeitos práticos, pois, a única forma de o hospital das ilustrações acima voltar a prestar os serviços adequadamente se liga à realização de atividades materiais que adaptem o imóvel público.

Enfim, um último efeito deve ser mencionado. Como se afirmou, os atos jurídicos de afetação e de desafetação são os resultados do discurso de aplicação e, portanto, eles contêm as normas de decisão relacionadas à destinação concreta a ser conferida ao bem público. Assim, em um primeiro momento poder-se-ia pensar que se os usuários deixassem de usar o bem, se eles o utilizassem de forma contrária à sua afetação, ou ainda, se o proprietário público o

[186] Os exemplos relacionados aos prédios destinados à prestação dos serviços públicos de saúde demonstram que, até mesmo, a desafetação destes bens para a sua alienação ou para alteração de sua destinação encontram limitações. Em todos os casos, deve-se examinar se a nova afetação pública que será atribuída ao prédio ou se a destinação particular que lhe será conferida é compatível com a conformação física do imóvel. Especificamente no que concerne aos edifícios que se destinavam à prestação de serviços públicos de saúde, deve-se observar se há qualquer possibilidade de o prédio conter agentes patogênicos ou que possam causar qualquer dano à saúde dos futuros usuários/frequentadores. Caso exista este risco, obviamente, o mesmo deve ser eliminado, o que pode exigir, até mesmo, a demolição do prédio.

abandonasse não haveria qualquer consequência jurídica. Afinal, a retirada da afetação atribuída ao bem ou a alteração de sua destinação exigem um ato decisório de desafetação, seguido, no último caso, da atribuição de uma nova afetação.

Neste caso, portanto, afastar-se-ia a orientação de Ernst Forsthoff, para quem a atribuição de uma destinação específica a um bem público demanda a expedição de um ato de afetação somado ao efetivo uso do bem em consonância a este ato[187]. Entretanto, ao mesmo tempo, estar-se-ia diante de uma redução dos efeitos da função social da propriedade pública, visto que se desconheceria que ela objetiva produzir uma mudança no plano fático.

Em todas as hipóteses acima citadas – o não uso, o abandono, ou o uso contrário à afetação – podem influenciar o proprietário público a expedir um novo ato decisório que desafete e/ou altere a afetação do bem público. Porém, existem textos jurídico-normativos que preveem situações em que as condutas acima descritas imporão ao proprietário público diversos deveres, entre os quais, o de alterar a afetação do imóvel. Este é o caso, da concessão de uso especial para fins de moradia[188] e da legitimação fundiária que impactaram a própria conformação da imprescritibilidade dos bens públicos urbanos, como se verá adiante.

Outra ilustração pode ser encontrada na retrocessão dos bens desapropriados, conforme prescreve o artigo 519, do Código Civil. Se o bem não for empregado para a finalidade que levou à sua desapropriação, ou se não lhe for atribuída outra destinação pública, o antigo proprietário poderá exigir que ele retorne à sua propriedade, devolvendo ao Ente Público o valor da indenização devidamente corrigido.

Neste caso, o abandono do bem pelo proprietário público conferirá ao antigo proprietário o direito a readquirir o bem desapropriado. Para afastar esta possibilidade, aquele que desapropriou o bem deverá iniciar as ações públicas – obras e atividades humanas – que permitirão a realização fática do interesse público urbanístico – a destinação contida no ato de desapropriação ou outra finalidade pública compatível[189].

Além disso, o início das obras públicas que permitirão a realização da afetação confere ao proprietário público o direito de construir, tal qual este conste da licença urbanística que lhe foi conferida. Assim, as alterações posteriores da legislação urbanística local não exigirão a readequação da obra ou do projeto aprovado. Porém, se não houve o início destas

---

[187] FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*, p. 497-498.

[188] Para mais informações sobre a concessão de uso especial para fins de moradia: ALVES, Nelson Vieira; COSTA, Igor Sporch da. Subsídios à discussão dos contratos administrativos a partir da fundamentalidade do direito de morar: notas sobre a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia. In: CORREIA, Arícia Fernandes. *Moradia e exclusão social na metrópole*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016. p. 141-190.

[189] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 40-45; GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 75-78; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 137-138.

atividades materiais de construção, a alteração superveniente destes títulos jurídico-normativos implicará na caducidade da licença urbanística, pois, o direito que ela consubstanciava não terá ingressado no patrimônio do Ente Público[190].

Estas considerações permitem analisar os efeitos da função social da propriedade pública urbana sobre a classificação dos bens públicos urbanos e sobre a reconfiguração do regime jurídico-constitucional dos mesmos. Outrossim, elas fornecem alguns elementos para examinar, ainda que de forma sintética, os impactos dos atos de afetação e de desafetação sobre o regime jurídico de imóveis urbanos que, embora não sejam objeto de propriedade pública, integram o patrimônio dos Entes Públicos. Este é o objeto da exposição a seguir.

2.2.1.3.3 Os impactos da afetação e da desafetação na determinação do regime jurídico dos demais bens que compõem o patrimônio público urbano

Como se viu, por meio do ato jurídico de afetação, o proprietário público atribui uma ou mais destinações públicas específicas a um imóvel urbano que lhe pertence – que é objeto de propriedade pública desta pessoa jurídica de direito público. Isto é, a afetação atribui ao bem uma função social específica vinculada às competências do Ente Público.

Entretanto, por vezes, a realização das citadas atribuições demandará bens que não pertencem aos Entes Públicos. Em algumas situações, eles deverão adquirir os citados imóveis, mediante um dos instrumentos anteriormente mencionados. Todavia, em outras hipóteses, a realização destas atribuições não exigirá a transferência da titularidade dos bens, mas, somente, a afetação deles a uma destinação pública urbana específica[191].

Assim, o ato de afetação de bens que não pertencem ao emitente do ato cria um vínculo de especial sujeição. Por meio dele, vinculam-se os bens afetados à realização de uma ou mais finalidades públicas específicas atribuídas à pessoa jurídica de direito público[192].

Não obstante o citado ato não transforme os imóveis atingidos em bens públicos[193], ele tem três efeitos. Primeiramente, ele cria um regime jurídico especial para o bem afetado,

---

[190] TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 542-544 e 583-588.
[191] OVIEDO, Carlos Garcia. *Op. cit.*, p. 338; PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 10.
[192] Conforme a proposta taxonômica de Thiago Marrara – que será analisada adiante – os bens sujeitos a vínculos de especial sujeição formam o domínio público impróprio. (MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 153-156.)
[193] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Op. cit.*, p. 40.

cujo escopo é garantir que o bem seja empregado de forma consentânea à realização de um interesse público urbanístico específico. Este regime especial se marca pelos pontos de contato com o regime jurídico dos bens públicos e será definido em conformidade às razões que motivaram a afetação do bem e à necessidade de proteger o imóvel e a afetação que lhe foi atribuída[194].

O segundo efeito se relaciona ao primeiro. O ato de afetação atribui uma função social específica ao imóvel urbano afetado. Neste sentido, o vínculo de especial sujeição se torna um dos elementos determinantes para analisar se a função social da propriedade urbana – em suas duas feições – está sendo cumprido. Afinal, este exame considerará as contribuições do bem afetado à realização do interesse público urbanístico[195].

Enfim, o vínculo de especial sujeição produz, em favor da pessoa jurídica de direito público que o emitiu, diversos direitos, deveres e obrigações de natureza real e/ou obrigacional, os quais passam a integrar o patrimônio do citado Ente Público[196]. Assim, estes direitos, deveres e obrigações são tutelados por meio de instrumentos administrativos e jurisdicionais, os quais podem ser manejados pelo próprio Ente Público, pelo Ministério Público, pelos indivíduos e/ou pela sociedade civil organizada, conforme seja o caso.

Estes três efeitos denotam que, apesar da concepção duguitiana da "*échelle de la domanialité*"[197] não se aplicar à teoria brasileira dos bens públicos e da propriedade pública, ela fornece elementos importantes para explicar a concepção brasileira de patrimônio público[198]. Afinal, as duas primeiras consequências do vínculo de especial sujeição decorrem da afetação dos citados bens e da forma como eles participarão da realização das atividades atribuídas aos Entes Públicos. Assim, neste caso, o direito de propriedade do titular do bem conviverá com a afetação pública e a harmonização destes elementos exigirá uma conformação das prerrogativas

---

[194] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 10-11; MAYER, Otto. *Op. cit.*, p. 134-135. "Com base nessa premissa, é possível sustentar que os bens que ingressam no domínio público impróprio devem ser resguardados por: (1) condicionamentos eventuais à alienabilidade; (2) restrições quanto à prescritibilidade aquisitiva; (3) restrições quanto à penhorabilidade judicial; (4) restrições quanto à sua oneração como objeto de garantia de créditos; e (5) controle ampliado por entes públicos, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas e o titular do serviço ou da atividade de interesse público em que o bem se envolve". (MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 154-155. Neste sentido, verifica-se que a relação entre o ato de especial sujeição e a função social gera a fluidificação da linha divisória entre a propriedade pública e a propriedade privada. Para mais informações: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 151; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 44-45.)

[195] Esta exegese se aproxima das orientações de Marcelo Caetano, de Thiago Marrara e de Ermínia Maricato. Afinal, segundo eles, os bens devem ser empregados de forma a atenderem ao maior número de usos possível. (CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 431; MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 150-151; MARICATO, Ermínia. *Brasil...*, p. 189.)

[196] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 11; RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 61.

[197] DUGUIT, Léon. *Traité...*, p. 325.

[198] MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 141.

proprietárias que se caracterizará pela maior incidência de textos jurídico-normativos de Direito Público[199].

Todavia, esta maior incidência não pode eliminar as prerrogativas proprietárias sob pena de o ato de afetação se caracterizar como um ato de desapropriação. Neste caso, se o bem for particular, estar-se-á diante do esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade[200]. Este mesmo raciocínio se aplica aos bens municipais, se o ato de afetação for federal ou estadual, e aos bens estaduais, se o ato de afetação for federal.

Por sua vez, se o bem pertencer à União e o ato de afetação for expedido por um Estado-federado ou por um Município, o citado esvaziamento configurar-se-á como ilegal, por mácula ao §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Se o bem pertencer a um Estado-federado e o ato de afetação for municipal também se estará diante de um ato ilegal, com base no mesmo fundamento jurídico[201].

Consoante ao que se afirmou acima e igualmente ao que ocorre com a afetação dos bens públicos, a afetação de bens que não pertencem ao Ente Público pode ser veiculada mediante diversas espécies de atos jurídicos. Assim, o vínculo de especial sujeição pode nascer de uma lei, de um ato administrativo, de um contrato etc.

No que concerne aos imóveis urbanos, as principais razões que motivam a criação do vínculo de especial sujeição podem ser reunidas em quatro grupos. O primeiro grupo abrange os bens necessários à realização de políticas públicas prescritas pela Constituição. O segundo grupo abarca o caso dos bens transferidos pelos Entes Públicos às pessoas jurídicas que eles criam, bem como os casos dos bens adquiridos pelas Entidades da Sociedade Civil Organizada com recursos transferidos pelos Entes Públicos. A afetação destes bens também pode ser realizada para que um bem público amplie as suas utilidades. Enfim, a afetação destes bens também pode se justificar como meio de permitir a realização de obras públicas, atender necessidades públicas emergenciais e possibilitar a prestação de serviços públicos[202].

O primeiro grupo abrange os imóveis destinados à preservação do ambiente natural, tais como as áreas de proteção ambiental, as áreas de relevante interesse ecológico e as reservas

---

[199] Logo, as orientações de Rui Cirne Lima acerca da caracterização dos bens públicos se aplicariam à explicação do patrimônio público e não da propriedade pública. (LIMA, Rui Cirne. *Op. cit.*, p. 186-187, 189-190.)

[200] PARADA, Ramón. *Derecho administrativo...*, p. 11.

[201] Prescreve o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941: "Art. 2º – Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...) §2º – Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa".

[202] Apesar da dissonância quanto à nomenclatura adotada, Thiago Marrara também considera estes como os principais meios de sujeição/afetação de bens de terceiros ao cumprimento das finalidades públicas. (MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 153-154.)

particulares do patrimônio natural. As afetações referentes às duas primeiras áreas poderão incidir sobre bens públicos e particulares, enquanto a última afetação se restringe a imóveis particulares, os quais serão gravados perpetuamente com a citada destinação[203].

Ainda neste grupo se inserem os imóveis que integram o patrimônio cultural construído, nos termos prescritos pelo inciso V, do artigo 216, da Constituição e artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Assim, inserem-se os "bens" e os "conjuntos urbanos e sítios", cuja conservação se justifique em razão do seu "valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico". No caso destes imóveis, os vínculos de especial sujeição serão criados principalmente por meio do tombamento dos bens públicos ou privados que apresentarem as citadas características.

Enfim, este grupo abarca, também, os imóveis públicos e privados destinados a atender às necessidades de grupos sociais minoritários como os indígenas e os remanescentes das comunidades de quilombo. Conforme o artigo 231, da Constituição, e os artigos 67 e 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a identificação, demarcação e titulação destes imóveis é competência federal. Porém, existem situações em que os bens ocupados por estes grupos se configuram como imóveis públicos municipais ou estaduais ou, ainda, como bens particulares[204] que podem ou não pertencer aos membros das citadas comunidades.

O segundo grupo abrange duas situações distintas. A primeira situação se refere aos já mencionados casos de incorporação. A segunda situação abarca o caso dos bens adquiridos com recursos públicos pelas Entidades da Sociedade Civil Organizada.

Por meio da incorporação, os Entes Públicos transferem imóveis às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que eles criam e os direitos de propriedade sobre estes bens comporão o patrimônio das entidades recém-criadas. Assim, estes atos jurídicos de transferência de bens criam um vínculo de especial sujeição que liga o bem à

---

[203] O regramento geral destas áreas é definido pela Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Conforme os artigos 15, 16 e 21, desta lei, as áreas de proteção ambiental se destinam à preservação da "diversidade biológica", ao disciplinamento do "processo de ocupação", à garantia da "sustentabilidade do uso dos recursos naturais". As áreas de "relevante interesse ecológico" objetivam a manutenção dos "ecossistemas naturais" e a regulação do uso humano dos recursos naturais, compatibilizando-os à "conservação da natureza". Enfim, as reservas particulares do patrimônio natural se destinam à conservação "da diversidade biológica".

[204] As terras pertencentes aos membros do grupo indígena são regidas pelo artigo 32, da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Este artigo prescreve que a União as caracterizará como "terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas" e lhes atribuirá um regime especial de proteção criado de acordo com as caraterísticas e as necessidades daquele grupo. Por sua vez, os imóveis pertencentes aos "remanescentes das comunidades dos quilombos" são regidos pelo Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, e pela Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Conforme ambos os textos jurídico-normativos, estes imóveis serão objeto de diversas políticas públicas específicas dirigidas à sua proteção, à tutela do grupo e de seus membros e ao seu desenvolvimento socioeconômico.

realização das finalidades institucionais das citadas pessoas jurídicas, as quais são, em última análise, finalidades públicas atribuídas aos Entes Públicos que as criaram.

Os bens transferidos possuem uma origem pública e, além disso, são fundamentais ao cumprimento das finalidades públicas atribuídas aos Entes Públicos. Estes dois elementos explicam a razão de os bens transferidos retornarem à propriedade dos Entes Públicos que criaram as citadas entidades da Administração Indireta que foram extintas[205].

Não há dúvidas de que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público criadas pelos Entes Públicos se caracterizam como bens públicos, aplicando-se a eles o mesmo regime jurídico. Por sua vez, os bens dos entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado são particulares, mas, eles podem ter um regime jurídico próximo àquele dos bens públicos.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, esta similaridade somente ocorrerá se forem preenchidos três requisitos. As pessoas jurídicas de direito privado proprietárias destes bens devem ser prestadoras de serviços públicos[206]. Estes serviços devem ser explorados em regime de monopólio pela citada pessoa jurídica. Os lucros advindos da realização de suas atividades não podem ser repartidos entre os sócios das citadas pessoas jurídicas[207].

---

[205] Como já se mencionou, para Hely Lopes Meirelles, os bens das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, criadas pelos Entes Públicos seriam bens públicos devido a sua origem pública. Assim, segundo ele, esta origem explicaria a razão de os citados bens retornarem à titularidade dos Entes Públicos no caso de extinção das citadas pessoas jurídicas. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 105.)
No entanto, como se vê pelos argumentos acima, esta tese não é suficiente para explicar o citado efeito, já que à origem pública deve-se agregar a função social do bem. Isto é, ele se destinava ao cumprimento dos fins institucionais da pessoa jurídica de direito privado criada pelo Ente Público. Porém, com a extinção da primeira, estas finalidades deverão ser exercidas pelo segundo, o que exige que este se torne proprietário dos citados bens, uma vez que os mesmos são indispensáveis ao cumprimento desta atribuição.

[206] Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.448.026/PE, entendeu que os bens da Caixa Econômica Federal afetados ao Sistema Financeiro de Habitação são imprescritíveis. Segundo a decisão, embora a Caixa Econômica Federal seja uma pessoa jurídica de direito privado criada pela União, os imóveis que lhe pertencem e se vinculem à realização da política habitacional devem ser tratados de forma similar aos bens públicos. Afinal, a realização da citada política pública pode ser compreendida como serviço público em sentido amplo e a disponibilização destes bens para aquisição dos beneficiários da citada política pública se constitui em um dos fins institucionais da citada pessoa jurídica de direito privado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.448.026/PE*. Recorrente: Ana Lúcia Gomes Barbosa. Recorridos: Caixa Econômico Federal; Evandro de Sousa Passos; Marlene da Silva; Zélia Pereira da Conceição; Luiz Augusto Santiago de Alencar Barros Filho; Vânia Andrea Ferreira Maximinian; Veronice da Silva Malta; Evellyn Emanuella Souza da Silva; Ricardo Soares da Silva. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 17 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1555020&num_registro=201400819947&data=20161121&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.)

[207] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 100.433-9/RJ*. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 17 de dezembro de 1984. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192825>. Acesso em: 22 abr. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 220.906-9/DF*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Ismar José da Costa. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>. Acesso em: 22 abr.

Dessa forma, se as citadas entidades forem exploradoras de atividades econômicas – se elas disputam mercado com outros atores de mercado – o regime jurídico dos seus bens não se aproximará daquele aplicável aos bens públicos. Contudo, isto não significa que estes bens estarão imunes a todas as regras de Direito Público. Recorde-se que eles se vinculam à realização das finalidades que levaram à criação das citadas pessoas jurídicas e, no caso de extinção destas entidades, os bens retornarão ao Ente Público que as criou.

A segunda situação inserta neste grupo é aquela dos bens adquiridos com recursos públicos pelas Entidades da Sociedade Civil Organizada, notadamente as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público[208], regidas pela Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Estas entidades não exercem serviços públicos, mas, atividades de interesse público – insertas no âmbito da benemerência ou filantropia – e que se relacionam à realização dos direitos fundamentais das camadas mais pauperizadas da população.

Consoante aos artigos 3º, 4º, incisos IV e V, e 15, da citada lei, os bens adquiridos pelas mencionadas entidades com recursos transferidos pelos Entes Públicos serão bens particulares afetados ao fomento das sobreditas atividades de interesse público. Estes bens são inalienáveis e se as organizações da sociedade civil de interesse público forem dissolvidas ou perderem esta qualificação, os imóveis adquiridos com os citados recursos públicos serão transferidos para outra organização da sociedade civil de interesse público.

Nestes casos, os bens serão transferidos "preferencialmente" para organizações da sociedade civil de interesse público que tenham o "mesmo objeto social" da entidade extinta ou desqualificada. Caso isto não seja possível, os bens serão transferidos a outras entidades que possuam a sobredita qualificação. Assim, percebe-se que esta ordem de preferências objetiva proteger estes imóveis e a afetação que lhes foi atribuída.

O terceiro grupo abrange os casos das servidões públicas. Elas criam um vínculo de especial sujeição de natureza real, que pode incidir sobre bens privados e bens públicos, mas, neste caso, elas devem ser compatíveis com a afetação atribuída a este último. Por meio da servidão, os bens servientes são afetados a maximizar as utilidades dos bens dominantes, notadamente quando estes estão afetados à prestação de um serviço público. Isto é, este vínculo

---

2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 599.628/DF*. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil Sociedade Anônima – ELETRONORTE. Recorrido: Sondotécnica Engenharia de Solos Sociedade Anônima. Relator: Min. Ayres de Britto. Relator para o Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628740>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[208] Em regra, as demais entidades – Entidades de Apoio e as Organizações Sociais – utilizam bens cedidos pelos Entes Públicos. Assim, os citados bens são públicos e as entidades mencionadas são titulares de direito de uso privativo.

de especial sujeição permite que o imóvel público afetado a um serviço público específico cumpra sua função social: a prestação da citada comodidade aos usuários.

O último grupo abrange as ocupações temporárias, as requisições civis, os bens dos concessionários de serviços públicos e os imóveis cedidos ou alugados por um Ente Público. Diversamente do que ocorre com os demais casos, as situações que se inserem neste grupo se caracterizam por sua transitoriedade.

Conforme o artigo 36, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, durante a realização de obras públicas, os Entes Públicos poderão ocupar, temporariamente, imóveis vizinhos ao empreendimento. Neste caso, a ocupação temporária se aplicará em terrenos não edificados, os quais se destinarão ao depósito de materiais e máquinas empregadas na sobredita atividade. Por sua vez, conforme o inciso XXV, do artigo 5º, da Constituição, as requisições se aplicam aos casos de "iminente perigo público", como por exemplo, acidentes naturais[209].

Também se inserem neste último grupo os imóveis pertencentes às concessionárias de serviços públicos desde que eles sejam indispensáveis à prestação destes serviços e, somente, enquanto durar o contrato, pois, uma vez extinto, os bens serão revertidos ao Ente Público concedente. Eles se submetem a um regime jurídico próximo àquele aplicável aos bens públicos de uso especial, o que levou alguns autores a identifica-los[210], o que encontra óbices na redação dos artigos 98 a 100, do Código Civil[211].

Assim, a razão de se atribuir o sobredito regime jurídico especial aos citados bens é a vinculação deles à prestação e à continuidade dos serviços públicos. Afinal, estes serviços são imprescindíveis à realização de diversos direitos fundamentais com impacto ou expressão espacial, como é o caso do direito ao transporte.

---

[209] Tanto a ocupação temporária quanto a requisição impõem uma carga ao proprietário do bem que ultrapassa aquela suportada pelos demais membros da coletividade. Neste caso, os proprietários poderão ser indenizados, desde que eles comprovem que sofreram danos em razão da aplicação de ambos os instrumentos.

[210] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 880-881; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 913.

[211] Prescrevem os artigos 98 a 100, do Código Civil: "Art. 98 – São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Art. 99 – São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único – Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Art. 100 – Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar".

Também se inserem neste grupo os casos em que os Entes Públicos recebem bens públicos em cessão ou são locatários de imóveis. Em ambos os casos, estes imóveis se destinarão à prestação de serviços públicos.

A cessão de bens públicos federais às demais pessoas jurídicas de direito público é regida pelo §3º, do artigo 64, do Decreto-lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946, e pelos artigos 18 a 21, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998. Neste caso, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a cessão de bens federais aos demais Entes Públicos é gratuita e, portanto, "assemelha-se ao comodato", regendo-se, porém, pelas regras constantes da última lei citada[212]. Assim, por meio da cessão, a União objetiva auxiliar os demais Entes Públicos a prestarem os citados serviços públicos, razão pela qual, o citado contrato será o responsável pela afetação do mencionado bem público federal.

Por sua vez, o contrato de locação se regerá pela Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, e pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Este contrato se restringe aos casos de imóveis particulares alugados pelos Entes Públicos para a prestação de serviços públicos[213], o que significa que o citado contrato será o responsável por criar o vínculo de especial sujeição.

Apesar de a locação de imóveis urbanos pelos Entes Públicos se assemelhar ao contrato de locação do Direito Privado, não se pode afirmar uma total submissão a estas regras. Afinal, o inciso I, do §3º, do artigo 62, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve que as cláusulas exorbitantes – prescritas nos artigos 55 e 58 a 61, desta lei – aplicam-se a todos os contratos celebrados pelos Entes Públicos – expressamente, aos contratos de locação. Neste caso, o fundamento jurídico que justifica o espraiamento das sobreditas cláusulas às situações jurídicas em que os Entes Públicos são locatários é a proteção do serviço público que se instalará no imóvel.

---

[212] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso*..., p. 170.

[213] Não obstante um Ente Público possa alugar bens a outro Ente Público, em regra, esta forma de uso privativo não é utilizada. O dever de cooperação imposto pelo modelo federativo afasta o uso de contratos onerosos para a prestação de serviços públicos. Ademais, o contrato de cessão é um instrumento especial face à locação, razão pela qual o primeiro é aplicado em detrimento do segundo.

2.2.2 A atual posição brasileira sobre a classificação dos bens públicos

A principal taxonomia legal dos bens públicos brasileiros se inspirou no modelo francês. Porém, diversamente desta fonte, no Brasil, os bens públicos foram divididos em três categorias: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

O inciso I, do artigo 99, do Código Civil, não conceitua o que são bens de uso comum do povo, mas, ao contrário, a técnica legislativa adotada apenas os enumerou em um rol exemplificativo, segundo o qual, inserem-se nesta categoria os "rios, mares, estradas, ruas e praças". No mesmo sentido, o inciso II, do citado artigo, também não definiu o que são bens de uso especial. O Código se restringiu a prescrever que nesta categoria se inserem os "edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias".

Conforme o artigo 100, do Código Civil, ambas as categorias de bens públicos "são inalienáveis, enquanto conservarem esta qualificação, na forma que a lei determinar". Assim, enquanto afetados às citadas destinações, estes bens somente podem ser transferidos a terceiros por meio de instrumentos de direito público.

Os bens que não pertencerem a nenhuma das citadas categorias são considerados bens dominicais. Estes, segundo o inciso III, do sobredito artigo 99, "constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades". Nos termos do artigo 101, do Código Civil, estes bens são passíveis de alienação, desde que observadas as exigências legais, o que significa que eles podem ser alienados por meio de instrumentos de direito público ou de direito privado.

Não obstante esta classificação já figurasse no Código Civil de 1916 – hoje revogado – e tenha sido mantida pelo Código Civil de 2002, hodiernamente, ela sofre um certo desprestígio por parte da doutrina. Esta perda de influência pode ser constatada a partir da análise de três tendências doutrinárias acerca da classificação dos bens públicos e dos elementos taxonômicos que a sustentam.

A primeira tendência se refere à maior importância conferida pela doutrina ao regime jurídico dos bens públicos em espécie face à classificação acima esboçada. Basta analisar qualquer Manual de Direito Administrativo brasileiro para verificar que as unidades dedicadas à exposição dos bens públicos são uma das menores constantes dos citados livros. Nestes, a apresentação da classificação constante do Código Civil merece apenas algumas

páginas, enquanto, a discussão sobre os bens públicos em espécie[214] ocupa a maior parte das páginas dedicadas à citada unidade temática.

Por um lado, a importância dos bens públicos em espécie está em consonância à multiplicidade de regimes jurídicos proprietários. Contudo, por outro lado, o desprestígio da classificação constante do Código Civil denota a dificuldade da doutrina em inserir cada uma das espécies de bens públicos em uma das categorias legais acima enumeradas. Isto se torna evidente quando se compara o caso das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e os bens públicos ocupados pelos remanescentes das comunidades de quilombo. No que concerne às primeiras, os autores as classificam como bens de uso especial[215], mas, eles se silenciam no tocante às últimas, as quais sequer são objeto de análise em seus manuais.

A segunda tendência se relaciona aos casos em que alguns doutrinadores abandonam a sobredita classificação legal e buscam criar novas taxonomias, as quais guardam maior ou menor proximidade com sistemas jurídicos estrangeiros. Neste sentido, tem-se a já mencionada classificação de Rui Cirne Lima[216]. Inspirado na taxonomia alemã, ele propôs substituir as denominações bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais, por bens do domínio público, bens do patrimônio administrativo e bens do patrimônio fiscal, respectivamente.

Por sua vez, ao analisar a teoria dos bens públicos brasileiros, Thiago Marrara afirma que, atualmente, esta deve se expandir de forma a abarcar os bens em geral e a contribuição destes para a realização das finalidades públicas[217]. Assim, esta concepção – nomeada como domínio público – se fundamenta na proposta duguitiana da *échelle de la domanialité* e na concepção de Rui Cirne Lima, segundo a qual, deve-se analisar o grau de participação dos bens para a realização das atribuições dos Entes Públicos.

Segundo Thiago Marrara, os bens devem ser divididos em cinco categorias decrescentes, conforme o grau de incidência do Direito Administrativo. A primeira categoria se denomina de domínio público estatal e abrange os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, caracterizando-se pela "altíssima incidência" de regras de direito público.

---

[214] Neste grupo inserem-se: os terrenos de marinha, os terrenos marginais, os terrenos reservados, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, as terras devolutas, as faixas de fronteira, as ilhas, as águas públicas.

[215] Neste sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 954; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 793-794; FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Demarcação de terras*: bases legais. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-43>. Acesso em: 28 dez. 2016.

[216] LIMA, Rui Cirne. *Op. cit.*, p. 179. No mesmo sentido: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 127-128.

[217] MARRARA, Thiago. *Op. cit.*, p. 138-162. Em sentido semelhante, mas, analisando a teoria proprietária: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 66.

A segunda categoria é o domínio público impróprio e abrange os bens particulares empregados em atividades públicas. O regime jurídico destes bens se caracteriza pelo hibridismo de regras de direito público e de direito privado, com primazia do primeiro, consoante as razões que motivaram a afetação do bem. Dessa forma, esta categoria abrange os imóveis sujeitos aos vínculos de especial sujeição, nos termos anteriormente analisados.

A terceira categoria é o domínio público não afetado que abrange os bens dominicais, cujo regime jurídico é hibrido e fundado em regras de direito público de caráter flexível. A categoria seguinte é o domínio privado estatal que abarca os bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas, os quais são regidos pelo direito privado parcialmente derrogado por regras de direito público.

A última categoria se denomina de bens do domínio privado não-estatal e engloba os bens particulares que se constituem em propriedade dos indivíduos e das pessoas jurídicas de direito privado que as empregam para atender aos seus próprios interesses. Segundo o autor, estes bens se sujeitam a um regime jurídico de direito privado "mitigado apenas por restrições estatais à propriedade" – notadamente aquelas decorrentes do dever-poder de polícia. Todavia, como se percebe, esta caracterização desconsidera o papel conformador da função social na determinação das prerrogativas proprietárias e na destinação do imóvel privado urbano.

Por sua vez, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inspirada na taxonomia francesa, adota a divisão dos bens em duas categorias. Segundo ela, os bens de uso comum e os bens de uso especial têm um ponto em comum, a sua destinação pública e, portanto, sob o aspecto jurídico, eles devem ser classificados como bens do domínio público. Os bens dominicais, diferentemente das demais categorias, não têm destinação pública e, assim, constituem os bens do domínio privado[218].

A última tendência se relaciona a dois elementos interligados. De um lado, alguns doutrinadores compreendem que o ato de afetação se restringe a atribuir duas destinações aos bens públicos: o uso coletivo ou a prestação de um serviço público[219]. De outro lado, tem-se uma visão ampliada do que seja "serviço público", segundo a qual, esta expressão deve "abranger toda atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou sob fiscalização do poder público"[220].

---

[218] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 744-745.

[219] *Ibid*., p. 744; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 1165; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, p. 886; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 143.

[220] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 748. No mesmo sentido: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op. cit.*, p. 1126.
Em sentido aproximado, José dos Santos Carvalho Filho afirma que o inciso II, do artigo 99, do Código Civil, deve ser interpretado de forma extensiva. Assim, a expressão "edifícios ou terrenos destinados a serviço ou

As consequências de ambos os elementos são as mesmas. Os bens afetados se caracterizam como bens de uso comum do povo ou como bens de uso especial e estes últimos passam a englobar todas as demais possibilidades de afetação de um bem. Consequentemente, os bens dominicais são identificados como bens desprovidos de qualquer destinação pública – isto é, eles são considerados como bens não-afetados – cuja principal função é permitir a arrecadação de receitas patrimoniais[221].

Todavia, esta última tendência encontra diversos óbices no direito positivo brasileiro. Inicialmente, o ordenamento jurídico brasileiro criou regimes jurídicos próprios para cada uma das diversas funções administrativas – dever-poder de polícia, serviços públicos, intervenção dos Entes Públicos no domínio econômico, fomento e gestão do patrimônio público. Consequentemente, reduzir todas estas funções administrativas aos serviços públicos significa o próprio esvaziamento da noção de serviço público.

Ademais, deve-se recordar que os bens de uso especial não podem ser alienados por meio de instrumentos de direito privado, o que, em alguns casos, contraria a própria razão que motivou a afetação destes bens. Imagine-se um terreno público afetado para atender às necessidades da política habitacional, como, por exemplo, a construção de casas populares que serão transferidas para indivíduos pertencentes às camadas mais carentes da população. Neste caso, o cumprimento da afetação exige que este bem seja alienado de forma onerosa ou gratuita aos beneficiários, o que pode ser realizado por instrumentos de direito privado.

Além disso, deve-se recordar que os proprietários públicos podem conferir o uso privativo gratuito ou oneroso de bens públicos dominicais. Com exceção da enfiteuse, as regras que regem todos os demais títulos de uso privativo determinam uma ou mais destinações

---

estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias" deve ser interpretada de forma a abranger todos os "fins institucionais" dos Entes Públicos. Neste sentido, Marçal Justen Filho afirma que os "bens de uso especial são os bens aplicados ao desempenho das atividades estatais configurem elas ou não um serviço público". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 1163. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso*..., p. 916. Este posicionamento encontra como ilustração em âmbito jurisprudencial a já mencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.448.026/PE.)

[221] Alguns autores têm entendimentos diversos acerca destes aspectos. Por exemplo, para Celso Antônio Bandeira de Mello, os bens dominicais são aqueles que não estão afetados ao uso comum do povo ou ao uso especial. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, embora os bens dominicais "não possuam uma destinação de ordem geral ou específica ao uso do administrado", eles têm uma função instrumental, pois, são meios de gerar receitas patrimoniais que serão empregadas pelo proprietário público para custear suas atribuições. Para Hely Lopes Meirelles, os bens dominicais são aqueles que não têm "uma destinação pública determinada, nem um fim administrativo específico" e que, por esta razão podem ser empregados para atender a qualquer finalidade pública – o que engloba a possibilidade de serem afetados ao uso coletivo ou ao uso especial. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso*..., p. 921; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 221; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo…*, p. 471. No mesmo sentido deste último autor: MARRARA, Thiago. *Op. cit.*, p. 139, 145, 148 e 156; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito*..., p. 667; MUKAI, Sylvio Toshiro. A constitucionalidade da concessão especial para fins de moradia. In: MUKAI, Toshio (Org.). *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 67.)

públicas específicas que o beneficiário do título deverá atribuir ao imóvel, sob pena de cassação deste direito de uso. Isto é, estes títulos de uso privativo são verdadeiros atos de afetação.

Por exemplo, imagine-se um imóvel municipal localizado em um distrito industrial, cujo uso privativo foi conferido por meio de concessão de direito real de uso a um indivíduo para que ele instale uma fábrica. Caso o concessionário não construa a citada fábrica ou não a coloque em funcionamento no prazo determinado, ou dê qualquer outra destinação ao imóvel, o citado direito reverterá ao Município[222].

Assim, verifica-se que a função social da propriedade pública urbana e a centralidade do ato de afetação, nos termos acima apresentados são incompatíveis à última tendência doutrinária apresentada. Afinal, ela restringe o papel da afetação dos bens públicos e, ao mesmo tempo, amplia a noção de serviços públicos para incluir atribuições que se sujeitam a regimes jurídicos diversos. Ademais, esta última tendência considera que os bens dominicais se destinam à geração de receitas patrimoniais, em detrimento das demais afetações que devem ser atribuídas a eles, o que, prejudica a realização do direito à cidade.

Não obstante, o esquema exegético acima desenvolvido fornece elementos que podem revitalizar a taxonomia presente no Código Civil. Para isso, deve-se considerar o cenário social e jurídico em que esta classificação foi criada e o cenário atual, em que esta mesma classificação será empregada[223]. Isto é, devem-se analisar os impactos da função social da propriedade pública urbana no citado modelo classificatório.

A atual classificação tripartite dos bens públicos brasileiros foi criada quando ainda vigia o sistema liberal oligárquico instituído pela Constituição de 1891. Nesta época, a definição das funções administrativas e o próprio Direito Administrativo brasileiro ainda estavam em fase embrionária. As atribuições dos Entes Públicos se restringiam ao exercício do dever-poder de polícia, à prestação de poucos serviços públicos e à realização de algumas obras públicas.

As ordens constitucionais inauguradas em 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 tornaram o Direito Administrativo brasileiro mais complexo, mas, a individualização das funções administrativas não seguiu este mesmo ritmo. Portanto, durante estes períodos ainda era possível reunir diversas funções sob uma concepção ampla de serviços públicos. Esta abarcava,

---

[222] Neste sentido, prescreve o §3º, do artigo 7º, do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967: "Art. 7º – É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (...) §3º – Resolve-se a concessão antes de seu têrmo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou têrmo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza".

[223] HAYEK, Friedrich August von. *Direito... v. 2*, p. 29.

por exemplo, os serviços de natureza econômica, por meio dos quais os Entes Públicos criavam entidades que disputavam mercado com os demais atores de mercado[224].

Somente com a Constituição de 1988 foi possível separar, efetivamente, as diversas funções administrativas. Segundo Hely Lopes Meirelles, os sobreditos serviços de natureza econômica deixaram de ser classificados como serviços públicos e se tornaram formas de intervenção pública no domínio econômico, sujeitas a regimes jurídicos específicos[225]. Ademais, criaram-se novas regras e instrumentos de fomento público às atividades privadas – notadamente, às atividades econômicas particulares e às atividades de utilidade pública ou interesse social prestadas pela sociedade civil organizada.

Este processo de diferenciação conferiu maior exatidão às diversas funções administrativas. Especificamente no que concerne aos serviços públicos, restringiu-se o conjunto de atividades que eram classificadas desta forma, mas, ao mesmo tempo, a sobredita noção ganhou contornos mais precisos. Além disso, outras funções públicas atribuídas pela Constituição aos Entes Públicos e que não se inseriam adequadamente no rol das funções administrativas também se desenvolveram. Entre estas podem-se mencionar aquelas insertas em outros ramos do Direito, como o Direito Urbanístico e Ambiental, como ilustram a regularização fundiária urbana, a fixação espacial de grupos minoritários e a proteção do patrimônio natural e construído.

Todas estas evoluções permitem realizar cinco ilações. Primeiramente, em consonância ao que se viu quando se analisou a classificação francesa, a inserção de um bem público urbano em uma das três categorias acima objetiva facilitar a sua gestão e permitir a sua exploração e aproveitamento de forma consentânea ao direito à cidade.

---

[224] Esta afirmação pode ser ilustrada pela classificação dos serviços públicos no Brasil, cuja origem remonta ao período desenvolvimentista. Tradicionalmente, reconhecia-se que, em relação ao seu objeto, os serviços públicos se dividiam em serviços administrativos, serviços sociais e serviços econômicos. Os primeiros atendiam necessidades internas da estrutura administrativa e possibilitavam que outros órgãos prestassem estas comodidades, como ilustra o caso dos órgãos destinados à aquisição de insumos que permitirão a prestação de serviços públicos de saúde. Os serviços sociais se destinam ao atendimento das necessidades coletivas, as quais, em alguns casos somente poderão ser exercidas pelos Entes Públicos – como a segurança pública – e, em outras situações, poderão ser delegados a terceiros – como os serviços educacionais e de saúde, os serviços de transporte público etc.
Os serviços econômicos – industriais e/ou comerciais – destinavam-se a atender necessidades de ordem econômica, como a atuação no sistema financeiro, a exploração de jazidas e a exploração de atividades industriais, insertas na noção de segurança nacional e determinantes na formação do parque industrial brasileiro. Estes serviços eram prestados por entidades criadas pelos Entes Federados, as quais possuíam natureza jurídica de direito público – autarquias – e/ou de direito privado – como empresas públicas e sociedades de economia mista. (BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Op. cit.*, p. 338-339. Em sentido semelhante: FURTADO, Celso. *Análise do modelo brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civ. Brasileira, 1973. p. 34.)

[225] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, p. 308-309. Em sentido oposto, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no Brasil, ainda existem serviços públicos industriais e comerciais, porém, ela reconhece que as autarquias econômicas foram transformadas em pessoas jurídicas de direito privado cuja finalidade institucional é intervir na economia. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 116-117 e 500.)

Isto significa que os bens que integram uma determinada categoria se submeterão a um conjunto de regras comuns responsáveis por conferir-lhe unidade. Todavia, dentro de uma mesma categoria, alguns bens se sujeitarão a regras específicas que não incidirão sobre todos os bens que a integram. Assim, estes regramentos específicos não desnaturam cada uma das mencionadas categorias, mas, ao contrário, permitem que os bens que as compõem sejam agrupados em subcategorias criadas pela lei ou pela doutrina[226].

Este é o caso, por exemplo, dos imóveis adquiridos por meio do direito de preempção com o objetivo exclusivo de serem empregados para a "execução de projetos habitacionais de interesse social", nos termos prescritos pelo inciso II, do artigo 26, do Estatuto da Cidade. Estes imóveis formarão uma subcategoria específica dentro do conjunto de bens dominicais, os quais somente poderão ser empregados para atender àquele fim público[227].

A segunda ilação se refere à impossibilidade de se realizar uma interpretação extensiva dos incisos I e II, do artigo 99, do Código Civil, pois, isto ultrapassa os limites semânticos dos próprios textos jurídico-normativos. Assim, os bens públicos de uso comum do povo se destinam ao uso coletivo e os imóveis afetados ao uso especial se destinam ao funcionamento dos órgãos públicos e à prestação de serviços públicos à coletividade ou que realizarão atividades de apoio a estes órgãos.

Consequentemente, as outras funções administrativas e as demais atribuições públicas que necessitam de um imóvel público para sua realização se desenvolverão em bens públicos dominicais. Isto é, retomando-se os conjuntos de possibilidades de destinação dos bens públicos, tem-se que os bens dominicais poderão se destinar, por exemplo, à realização de obras públicas e ao atendimento das finalidades da política habitacional e de regularização fundiária. Eles também poderão se destinar à proteção do patrimônio natural e construído, à valorização da estética e da salubridade urbana e ao fomento de atividades particulares. Outrossim, eles poderão se destinar à composição do patrimônio inicial das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criados pelos Entes Públicos. Ademais, eles poderão ser aplicados também na ordenação e no direcionamento da expansão urbana e na execução dos planos urbanísticos.

---

[226] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 152-153.

[227] Neste sentido, estes bens compõem o que a doutrina civilista denomina de "patrimônio de afetação", ou "patrimônio separado". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... v. 1*, p. 251-252; PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 261.) Os bens que compõem este conjunto separado de bens são afetados para atender a uma finalidade específica a qual é protegida contra quaisquer ataques provocados por terceiros, o que inclui o próprio gestor público. Neste sentido, o inciso III, do artigo 52, do Estatuto da Cidade, prescreve que "utilizar" bens adquiridos por meio de direito de preempção em desacordo com a finalidade para a qual o mesmo foi adquirido constitui ato de improbidade administrativa.

Assim, todos os bens públicos urbanos – o que inclui os dominicais – devem se dirigir à satisfação do direito à cidade[228], o que permite chegar à terceira ilação. Os bens de uso comum do povo e de uso especial podem desempenhar um papel instrumental para a realização das demais funções administrativas e das atribuições dos Entes Públicos[229]. Afinal, eles são as bases físicas de ações que realizarão, diretamente, o direito à cidade.

Em algumas hipóteses, os bens dominicais também desempenharão um papel instrumental, como, por exemplo, no caso do fomento, mas em outras hipóteses, eles terão um papel central na realização do interesse público[230]. Este é o caso dos bens púbicos urbanos destinados ao atendimento das políticas habitacional, de regularização fundiária, de fixação de grupos vulneráveis, de preservação do ambiente natural e construído etc[231].

Em todos estes exemplos, os bens públicos ocupam o papel nuclear das citadas políticas públicas, enquanto as demais funções administrativas e atribuições dos Entes Públicos desempenham um papel instrumental. Por exemplo, nestes casos, os serviços públicos e o fomento às atividades privadas objetivam criar condições que permitam a tutela ambiental ou a fixação espacial dos indivíduos[232].

Outra ilação se relaciona à distinção entre desafetação e não-afetação, nos termos anteriormente mencionados. A desafetação dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial insere estes bens na categoria de bens dominicais. Todavia, isto não significa que eles se tornarão bens não-afetados a qualquer destinação pública específica, ou que deverão gerar receitas patrimoniais, ou que deverão ser alienados.

Conforme a alínea *c*, do inciso II, do artigo 4º, da Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005, os bens públicos se destinarão prioritariamente à "implantação de projetos habitacionais de interesse social". Os imóveis públicos urbanos que não sejam afetados ao uso comum do povo ou ao uso especial se destinarão ao atendimento das necessidades da política habitacional.

---

[228] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 60.

[229] Neste sentido, em conformidade à doutrina italiana, tem-se que os serviços públicos contribuem diretamente à realização do interesse público. Neste caso, os imóveis onde se instalarão os órgãos que prestarão estes serviços terão um papel instrumental, pois, eles serão meios que facilitarão que estes serviços sejam ofertados e alcancem todos os possíveis beneficiários.
Em sentido semelhante, os indivíduos podem circular livremente em espaços que não são caracterizados como vias públicas. Porém, o exercício deste direito fundamental é facilitado quando os espaços de circulação se caracterizam como ruas, avenidas, pois, isto exige a realização de obras de pavimentação, iluminação etc.

[230] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 154.

[231] Esta centralidade dos bens públicos urbanos na realização do interesse público urbanístico afasta as orientações que identificam a gestão do patrimônio público a uma atividade administrativa menos importante que o dever-poder de polícia, a prestação dos serviços púbicos, a intervenção direta no domínio econômico e o fomento. (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 226 e 246.)

[232] Este é o caso, por exemplo dos serviços e ações públicas específicas criadas para atender às necessidades particulares de grupos indígenas, dos remanescentes das comunidades de quilombo, ou para atender aos beneficiários da regularização fundiária de imóveis públicos ocupados por indivíduos de baixa renda.

Porém, os proprietários públicos poderão atribuir a estes bens outras destinações públicas substitutivas ou cumulativas – por exemplo, o fomento às atividades privadas[233] – cuja realização exige que os bens possam ser transferidos a terceiros por meio de instrumentos de direito privado[234]. Isto corrobora as afirmações anteriores sobre a possibilidade de os Entes Públicos realizarem o direito à cidade aplicando o Direito Privado, desde que este se mostre mais adequado para realizar o interesse público urbanístico corporificado na afetação concreta atribuída a um bem público[235].

Este é o caso, por exemplo, dos imóveis adquiridos por meio do direito de preempção para a constituição de "reservas fundiárias", nos termos do inciso III, do artigo 26, do Estatuto da Cidade. Nesta hipótese, os imóveis adquiridos poderão ser alienados pelos Entes Públicos como meio de influenciar o mercado de terras de uma dada zona da cidade e, assim, controlar a especulação imobiliária. Todavia, para que os Municípios logrem êxito nesta atividade, eles devem conseguir alienar de forma mais ou menos célere os citados imóveis para atender à dinamicidade do mercado de terras[236].

Além disso, nem sempre a realização destas destinações reunirá as condições necessárias para produzir receitas patrimoniais. Por exemplo, o fomento aos pequenos empreendimentos comerciais instalados em imóveis públicos localizados em áreas de regularização fundiária pode-se realizar por meio da autorização de uso prescrita pelo artigo 9º, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001. Este instrumento objetiva gerar o desenvolvimento socioeconômico da operação de regularização e, portanto, ele é incompatível com a geração de receitas, razão pela qual o §1º do citado artigo prescreve que este título será conferido de forma gratuita.

Assim, a última ilação se refere ao fato de que os bens dominicais somente se destinarão à geração de receitas patrimoniais quando houver compatibilidade entre esta destinação e as demais afetações atribuídas a estes bens. Esta necessidade de compatibilidade indica que, em alguns casos, bens públicos empregados por particulares em atividades

---

[233] Assim, a alínea *c*, do inciso II, do artigo 4º, da Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005, aproxima, em certa medida, o sistema jurídico brasileiro da solução espanhola do *Patrimonio Municipal del Suelo*. Porém, diversamente do direito espanhol, no caso brasileiro, a sobredita destinação atinge todos os bens públicos dominicais, independentemente de sua titularidade.

[234] PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 154.

[235] MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 140.

[236] OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Seção VIII...*, p. 194 e 197. Assim, os imóveis que compõem as reservas fundiárias públicas adquiridas por meio do direito de preempção podem ser compreendidos como uma subcategoria de bens públicos dominicais. Esta subcategoria se caracteriza, entre outros elementos, pela aludida finalidade – o que também se liga ao controle e ao direcionamento da expansão urbana. Dessa forma, esta exegese aproxima o direito brasileiro do sistema jurídico francês que no artigo L. 2211-1, do *Code Géneral de la Propriété des Personnes Publiques*, prescreve que as reservas fundiárias se inserem no *domaine privé*.

lucrativas não exigirão que os indivíduos realizem contraprestações ao proprietário público. Consequentemente, a análise do instrumento de uso privativo a ser empregado deve considerar os elementos finalísticos e fáticos que permeiam a questão.

Em síntese, estas cinco ilações denotam que, ao privilegiar a função social da propriedade pública urbana e a centralidade do ato de afetação, o esquema exegético aqui desenvolvido pode revitalizar a classificação presente no Código Civil. Entretanto, isto exige que se abandone a visão restritiva do ato decisório de afetação, a visão ampliada de serviço público e a identificação entre bens dominicais e imóveis públicos não-afetados. Afinal, estas concepções excluem, ainda que não intencionalmente, a função social como elemento central do regime jurídico dos bens públicos urbanos brasileiros

Assim, o citado esquema exegético permite identificar cada categoria de bens públicos a um ou vários dos sobreditos conjuntos de possibilidades de destinação dos imóveis públicos urbanos. Os bens urbanos de uso comum do povo se destinam ao uso coletivo, isto é, ao primeiro conjunto de possíveis destinações. Os imóveis urbanos de uso especial se destinam ao funcionamento dos órgãos públicos e à prestação de serviços públicos – finalidades que compõem o segundo conjunto de destinações.

Em regra, os bens dominicais atenderão aos demais conjuntos de destinações públicas, o que, em alguns casos, poderá gerar receitas patrimoniais e em outros não. Afinal, a possibilidade de geração destas receitas depende das especificidades que motivaram a atribuição de uma afetação concreta a cada um dos bens dominicais.

No entanto, estas identificações não devem ser tomadas em um sentido absoluto. Afinal, a função social da propriedade pública exige que os bens sejam empregados para "produzir o maior número de utilidades, externalidades positivas ou vantagens sociais", desde que estes usos sejam compatíveis e adequados à efetividade do direito à cidade[237].

2.2.3 A reconfiguração do regime jurídico constitucional dos bens públicos urbanos

Nos sistemas da Europa latina ocidental, a inalienabilidade relativa, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade não se aplicam à totalidade dos bens públicos, mas, somente àqueles que são os objetos materiais da relação jurídica de propriedade pública. Em

[237] CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 431; MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 150-151 e 157.

regra, no que concerne aos bens patrimoniais ou do domínio privado, estas características não se fazem presentes, apesar de, em algumas hipóteses, estas espécies de bens apresentarem atributos semelhantes àqueles que marcam a propriedade pública. Neste último sentido, tem-se o sistema italiano que confere aos *beni patrimoniali indisponibili* – aqueles afetados a um serviço público – atributos semelhantes aos bens do *demanio pubblico* – destinados ao uso coletivo e/ou militar.

Ao contrário dos ordenamentos jurídicos acima, no caso brasileiro, estas características ou atributos possuem sede constitucional expressa e se aplicam à totalidade dos bens públicos. Afinal, no Brasil, o que determina a propriedade pública é o fato de o bem pertencer a uma pessoa jurídica de direito público.

Entretanto, desde a promulgação da Constituição de 1988, as citadas características veem sofrendo um constante processo evolutivo que alterou, direta ou indiretamente, a sua conformação ou o seu conteúdo. Este processo tem sua origem na edição dos diversos textos jurídico-normativos infraconstitucionais que regulamentaram a Constituição e que, sem alterá-la, inseriram novos elementos semânticos e novos conteúdos jurídicos aos citados atributos.

Portanto, atualmente, estes atributos têm sentidos diversos daqueles concebidos tradicionalmente pela doutrina e pela jurisprudência. Não obstante a inserção destes novos textos jurídico-normativos, a doutrina e a jurisprudência ainda se mostram refratárias a alterar as suas concepções tradicionais acerca deste tema.

Assim, pragmaticamente, há um descompasso entre a produção doutrinária e jurisprudencial, de um lado, e o direito positivo de outro. Ademais, diversas políticas públicas são desenvolvidas de forma descontextualizada deste novo conjunto legislativo, o que contribui, em última análise, para que elas sejam desprovidas de condições de efetividade.

Apesar destes descompassos, deve-se reconhecer que este processo evolutivo encontra suas razões em alguns elementos anteriormente examinados. Por exemplo, ele decorre do reconhecimento de que a relação jurídica de pertença dos bens públicos urbanos se configura como uma espécie de relação jurídica proprietária – a propriedade pública urbana. Ele é, também, uma consequência dos eventos da década de 1990, quando houve a intensificação dos elementos neoliberais que já estavam presentes na Constituição, o que alterou o equilíbrio e a harmonia do Texto, pois, impactou na compreensão das atribuições públicas[238]. Outrossim, ele

[238] Neste sentido, diversas atividades que eram vistas como serviços públicos tornaram-se atividades privadas, ainda que algumas fossem vistas como atividades privadas de interesse público. Igualmente, a prestação direta de outros serviços públicos e a atuação de pessoas jurídicas criadas pelos Entes Públicos foi substituída por uma miríade de formas de prestações que envolviam a participação da iniciativa privada. Estes fenômenos podem ser ilustrados pelo aumento do número de concessões de serviços, obras e bens públicos, pelas

é uma decorrência das relações entre o interesse público e o interesse privado, as quais se caracterizam por sua conexão estrutural. Ademais, este processo é um resultado da afirmação e do próprio desenvolvimento do Direito Urbanístico brasileiro, o que inseriu novos parâmetros e critérios jurídicos na definição do regime da propriedade pública urbana. Enfim, esta reconfiguração do regime constitucional dos bens públicos pode ser considerada, também, um reflexo do conteúdo jurídico da função social do bem público urbano, o que implica na valorização das situações jurídicas dos ocupantes de baixa renda[239].

2.2.3.1 A reconfiguração da inalienabilidade relativa dos bens públicos urbanos

Um dos principais impactos dos fenômenos acima descritos foi a reconfiguração da inalienabilidade relativa dos bens públicos. Tradicionalmente, esta característica se liga à indisponibilidade do interesse público e significa que os bens afetados ao uso coletivo e à prestação dos serviços públicos somente podem ser alienados por meio de instrumentos de direito público[240]. Por sua vez, os bens que não estejam afetados às citadas finalidades podem ser alienados por instrumentos de direito público ou de direito privado.

---

privatizações, pela ampliação da função estatal de regulação e pelo aumento do rol de atividades cuja execução transferiu-se às entidades da sociedade civil organizada.

Estes fenômenos geraram impactos no regime jurídico de algumas espécies de bens públicos, uma vez que houve o incentivo à alienação dos mesmos, como ilustra a Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998. Outra ilustração pode ser encontrada no caso dos bens que pertenciam às pessoas jurídicas de direito público que foram transformadas em pessoas jurídicas de direito privado e transferidas ao controle da iniciativa privada. Nesta hipótese, os bens destas entidades seguiram o mesmo destino de seus proprietários e se tornaram bens particulares e, posteriormente, vários deles foram transferidos para outras empresas que não contavam com qualquer espécie de participação pública. Outra ilustração se encontra nos bens adquiridos pelas entidades da sociedade civil organizada com os recursos transferidos pelos Entes Públicos – como é o caso das organizações da sociedade civil de interesse público.

[239] DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Tradução: Zilda Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 154.

[240] Conforme Maurizio Fioravanti, a origem da ideia de inalienabilidade dos bens públicos pode ser encontrada na Idade Média, quando se distinguiu a Coroa – enquanto instituição política superior – e o Rei – a pessoa física que a ocupava temporariamente. Assim, cabia ao Rei e à nobreza a conservação da Coroa – e, por decorrência, dos seus bens – como forma de garantir a perpetuidade da instituição e da hierarquização social que ela representava. (FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 44.)

Na Idade Moderna, a inalienabilidade – bem como a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a não-oneração – foi vista como uma decorrência da soberania popular, nos termos tratados por Rousseau. (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 52; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 63.) Em seguida compreendeu-se que os bens de uso coletivo – bens de uso comum do povo – eram inalienáveis por sua própria natureza, já que eram insuscetíveis de valoração pecuniária e os bens de uso especial eram inalienáveis devido à sua destinação. (MUKAI, Sylvio Toshiro. *Op. cit.*, p. 67.) Porém, paulatinamente, a evolução do sistema capitalista vem suplantando esta concepção e as Ciências Econômicas vem desenvolvendo instrumentos para mensurar pecuniariamente estes bens e os usos atribuídos a eles. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 83.)

Ademais, a alienação de cada um dos bens deve seguir um procedimento específico. Segundo a doutrina[241], este procedimento abrange a avaliação do imóvel, a sua transformação em bem dominical, a autorização legislativa específica para alienação de cada um dos bens e a realização de licitação para obtenção da proposta mais vantajosa.

Todavia, há uma tendência de substituição da edição de leis específicas – para a alienação de cada bem devidamente identificado – por leis que indicam de forma genérica um determinado grupo de bens[242]. Esta tendência apresenta maior força no tocante às destinações dos bens públicos urbanos, como ilustra a Lei n. 11.483, de 31 de maio de 2007.

Esta lei objetiva liquidar a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima e consequentemente transferir os bens da companhia para a União. Esta lei prescreve que os imóveis "não-operacionais" devem ser alienados[243], substituindo a exigência de edição de leis específicas para a alienação de cada um destes bens. Ademais, esta lei desafeta, de uma só vez, todos os citados imóveis que se caracterizam como imóveis "não-operacionais".

Ademais, embora, *a priori*, a alienação deva se realizar por meio de licitação nas modalidades de concorrência ou leilão, a lei criou diversas exceções, pois, em muitos casos, estes bens já estavam ocupados. Dessa forma, a realização do processo licitatório poderia contrariar a realização do direito à cidade, devido à expulsão dos ocupantes.

A Lei n. 11.483, de 31 de maio de 2007, prescreveu que o "ocupante de boa-fé" tem o direito de preferência para adquirir o imóvel por ele ocupado, desde que pague o mesmo preço ofertado pelo licitante vencedor. No que concerne aos ocupantes considerados "de baixa renda", eles poderão adquirir diretamente os imóveis ocupados, o que, neste caso, afasta a realização da licitação. Em ambos os casos, o preço de venda corresponderá ao valor da avaliação prévia dos bens, deduzindo-se os valores das benfeitorias e acessões realizadas pelos ocupantes – o que altera a compreensão original acerca da avaliação para alienação dos bens públicos.

Assim, a lei prescreve que os imóveis não-operacionais efetivamente ocupados devem se destinar à moradia de seus respectivos ocupantes e que esta afetação será consubstanciada por meio do ato de transferência de cada um destes bens. Portanto, este ato de afetação estabilizará a situação jurídica da União e dos indivíduos mencionados.

---

[241] MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 131-132.

[242] Para Fernando Rodrigues Martins, leis genéricas que possibilitem aos gestores públicos alienarem imóveis que não estão devidamente identificados impedem que se tenha uma visão completa das razões que motivaram a alienação. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Loc. cit.*)

[243] Neste caso, estão excluídos os imóveis necessários à continuidade dos serviços de transporte ferroviário transferidos à iniciativa privada e aqueles que por razões históricas, culturais, estéticas e arquitetônicas devam ser preservados. Recorde-se que ambas as destinações se inserem no rol das possíveis destinações dos bens públicos urbanos.

Porém, o direito de preferência dos ocupantes será afastado se o imóvel se situar na área de abrangência de uma operação urbana consorciada e desde que ele se destine à realização desta operação. Isto é, a lei prescreve que estes bens também poderão se destinar à ordenação da expansão urbana, o que será concretizado por meio do ato de afetação.

A lei prescreve, ainda, que estes bens podem ser adquiridos sem a realização de prévia licitação pelos demais Entes Públicos, desde que eles sejam empregados para realizar funções insertas nos nove conjuntos de possibilidades de destinação dos bens públicos. Entre estas funções, citam-se, a execução de programas de regularização fundiária e de construção de casas populares[244], de reabilitação urbana, de criação de sistemas de circulação e transporte e para o funcionamento de órgãos públicos.

Além desta tendência deve-se recordar as hipóteses anteriormente mencionadas acerca dos instrumentos de alienação dos bens públicos que dispensam a realização de licitação, nos termos prescritos pelo artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Nestes casos, inserem-se a doação e a venda de imóveis de um Ente Público a outro, a permuta e a investidura. Incluem nestes casos as alienações onerosas ou gratuitas de prédios públicos residenciais afetados ou empregados, de fato, na realização da política habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos pelos Entes Públicos ou entidades criadas por eles. Aplica-se a mesma regra aos imóveis urbanos de até 250m² que possam ser aplicados no desenvolvimento de atividades comerciais que atenderão aos núcleos populacionais atingidos ou resultantes das citadas políticas públicas.

Outra ilustração da reconfiguração da inalienabilidade relativa pode ser encontrada na legitimação fundiária. A Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, não exige que os imóveis públicos atingidos por este instrumento sigam o sobredito procedimento de alienação. Isto é, eles não precisam ser avaliados, não necessitam de autorização legislativa que indique de forma pormenorizada ou específica os bens que serão objeto de transferência aos particulares. Estes bens também não serão objeto de licitação, mesmo porque esta se mostra impossível, já que o instrumento somente pode beneficiar os indivíduos que já ocupem o bem. Este texto jurídico-normativo sequer prescreve a necessidade de um ato de desafetação do imóvel, o que significa que o título de legitimação fundiária cumprirá esta função.

A reconfiguração da inalienabilidade relativa dos bens públicos urbanos no sistema jurídico brasileiro permite estabelecer um paralelo com a tendência verificada nos sistemas da Europa latina ocidental, notadamente, os casos da França e da Espanha. Nestes Estados, o

[244] Em ambas as hipóteses, estes imóveis podem ser adquiridos pelos beneficiários das citadas ações públicas também sem a realização do prévio processo licitatório.

regime jurídico dos bens públicos sofreu alterações que objetivam propiciar o melhor aproveitamento destes bens e uma das formas para atingir este desiderato é a facilitação da migração de bens do domínio público ao domínio privado. Assim, permite-se a exploração destes imóveis pela iniciativa privada e, em alguns casos, isto pode gerar receitas patrimoniais aos proprietários públicos.

No caso brasileiro, a impossibilidade de que os Entes Públicos sejam titulares de propriedade privada é contornada por meio da alienação dos bens públicos e de instrumentos que facilitam a sua transferência para a iniciativa privada. Porém, a transferência da propriedade reduz o controle público sobre estes imóveis e, também, prejudica a própria realização do direito à cidade, como comprova a ênfase atribuída à legitimação fundiária, como principal instrumento de regularização fundiária. Afinal, este instrumento desconsidera as várias dimensões que compõem a própria noção de regularização. Assim, tem-se que o expediente brasileiro, ao valorizar o individualismo proprietário, está em dissonância à funcionalização do direito propriedade e, em muitos casos, pode originar atos passíveis de serem caracterizados como hipóteses de desvio de finalidade.

2.2.3.2 A reconfiguração da imprescritibilidade dos bens públicos urbanos

A imprescritibilidade dos bens públicos urbanos é compreendida como a impossibilidade de que eles sejam adquiridos por meio de usucapião e, portanto, ela também se apresenta como uma decorrência da indisponibilidade do interesse público. Esta proibição está expressamente prescrita no §3º, do artigo 183, da Constituição, e no artigo 102, do Código Civil, e, a muito tempo, é amplamente aceita pelos Tribunais Superiores brasileiros[245].

A jurisprudência brasileira evoluiu no que concerne aos efeitos da posse de bens públicos desprovida de títulos de uso privativo. O Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais n. 1.483.304/DF e 1.296.964/DF, reconheceu que a situação jurídica do ocupante tem natureza possessória e deve ser protegida de *per se* contra terceiro não-proprietários desprovido de títulos legítimos. Porém, esta evolução não alcançou as relações jurídicas entre o ocupante e o proprietário público, pois, os Tribunais entendem que a situação do ocupante em relação ao proprietário é um ato de mera detenção que não gera direitos.

[245] MUKAI, Sylvio Toshiro. *Op. cit.*, p. 69.

De fato, a Constituição veda expressamente a aquisição de bens públicos por meio de usucapião. No entanto, isto não significa que a posse de bens públicos desprovida de títulos se configure como mera detenção nos termos definidos pela jurisprudência[246]. Na verdade, a função social dos bens urbanos – sejam eles públicos ou privados – é atendida por meio de atos concretos que podem ser exercidos pelo proprietário ou por terceiros que podem não ter interesse em se tornarem proprietários do bem.

Neste sentido, conforme Bárbara Almeida de Araújo, o sistema jurídico não atribui os mesmos efeitos a todos os casos de posse, o que impõe o dever de distinguir a *possessio ad usucapionem* da *possessio ad interdicta*. A primeira garante ao ocupante o direito de adquirir gratuitamente a propriedade do bem ocupado, o que se apresenta como consequência da ocupação de imóveis particulares. Por sua vez, a *possessio ad interdicta* assegura ao possuidor o direito de proteger a sua situação jurídica, até mesmo contra o proprietário do bem[247].

Esta distinção pode ser ilustrada com base nos contratos de locação de imóveis. Os locatários podem propor ações possessórias para se protegerem contra atos de terceiros, mas, não podem propor ações de usucapião, pois, a sua posse é desprovida de *animus domini* – isto é, a posse do locatário é *ad interdicta*, mas, não *ad usucapionem*. Esta mesma distinção se faz presente nas ocupações de bens públicos, embora, elas apresentem efeitos específicos.

Como se viu acima, a Lei n. 11.483, de 31 de maio de 2007, conferiu aos indivíduos que ocupam bens públicos diversos direitos. Consoante ao artigo 10, os ocupantes devem ser notificados "por edital ou carta", com "antecedência mínima de 30 dias", sobre a realização de licitação para alienar os bens que eles ocupam. Ademais, conforme o artigo 11, o "ocupante de boa-fé" tem o direito de exercer direito de preferência na aquisição do bem, pagando por ele o

---

[246] Recorde-se que o próprio direito positivo admite, há muito tempo, a posse de bens públicos, como ilustra o *caput* do artigo 164, do Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946: "Art. 164 – Proferida a sentença homologatória a que se refere o art. 57, iniciará a Fazenda Nacional a execução, sem embargo de qualquer recurso, requerendo preliminarmente ao Juíz da causa a intimação dos possuidores de áreas reconhecidas ou julgadas devolutas a legitimarem suas posses, caso o queiram, a lei o permita e o Govêrno Federal consinta-lhes fazê-lo, mediante pagamento das custas que porventura estiverem devendo e recolhimento aos cofres da União, dentro de 60 (sessenta) dias, da taxa de legitimação". (Sem negrito no original)

[247] "Vale lembrar que os efeitos da posse não se restringem à aquisição da propriedade, visão que implicaria uma proteção apenas daquele que pretendesse adquirir a propriedade, tratamento extremamente inadequado diante da sistemática de independência dos institutos [posse e propriedade]. Importante ressaltar, ainda, que o legislador legitimou essa posse pelo exercício de direito fundamental, qual seja, o direito à moradia, que permitirá a promoção da dignidade humana.
[...]
Conforme ressaltamos, se a posse é protegida como instituto autônomo, pela concretização de direitos fundamentais (moradia, trabalho, saúde, formação da família, dentre outros), ligados à promoção da dignidade da pessoa humana, torna-se indiferente o fato de a relação possessória gerar ou não o domínio". (ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 120-121 e 115.)

mesmo valor ofertado pelo vencedor da licitação. Conforme o artigo 12, se o ocupante for considerado de baixa renda, a licitação será dispensada.

Nos casos acima e consonante à vedação ao enriquecimento sem causa, deduzir-se-ão do preço pago pelo ocupante, os valores das benfeitorias e acessões e, caso eles não adquiram os imóveis ocupados, terão direito de serem indenizados por estas melhorias[248]. Todavia, esta determinação legislativa aponta uma tendência e não uma regra geral, pois, a jurisprudência compreende que, salvo as hipóteses legais expressas, as benfeitorias e acessões realizadas pelos ocupantes de bens públicos não geram direito à indenização[249].

De qualquer forma, embora a posse dos bens públicos não autorize que os ocupantes requeiram a propriedade do bem por meio de usucapião, ela lhes confere uma situação privilegiada face aos demais interessados em adquirir o bem[250]. Outrossim, se a União descumprir as regras quanto à notificação dos ocupantes e não lhes atribuir a oportunidade de exercer o seu direito de preferência, a alienação será ilícita por ausência de procedimento fundamental à validade do ato. Assim, os ocupantes podem exigir administrativa ou judicialmente a retificação destes vícios, pois, a citada lei lhes atribui um direito subjetivo público oponível contra a União.

Igualmente, a ocupação dos bens públicos urbanos confere aos indivíduos o direito de terem a sua posse transformada em propriedade por meio da legitimação fundiária. Afinal, dizer que este ato é discricionário, não significa que ele seja arbitrário e que a decisão do gestor público possa macular a impessoalidade. Consequentemente, se o ocupante preenche os

---

[248] *Ibid*., p. 135. Regra similar pode ser encontrada no sistema francês, como ilustra a *Loi n. 2011-725 du 23 juin 2011 portant dispositions particulières relatives aux quartiers d'habitat informel et à la lutte contre l'habitat indigne dans les départements et régions d'outre-mer* – isto é, Lei n. 2011-725, de 23 de junho de 2011, que prescreve regras especiais relativas aos assentamentos informais e à luta contra habitação indigna nos departamentos e regiões d'além-mar. Conforme esta lei, nestes departamentos e regiões e desde que preenchidas certas condições, a demolição de edifícios usados como habitações ou para fins profissionais, construídas em imóveis públicos sem autorização ou título concedido pelo proprietário, pode conferir aos ocupantes o direito de serem indenizados pela perda do domicilio ou do local de trabalho.
Em ambos os sistemas tem-se que o dever de indenizar encontra uma de suas inspirações na teoria da especificação – uma das decorrências da construção de John Locke. (BOBBIO, Norberto. *Locke...*, p. 193.)

[249] A posição da jurisprudência brasileira pode ser ilustrada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.183.266/PR, no qual se negaram ao ocupante os direitos de permanência no imóvel ocupado e de ser ressarcido pelas benfeitorias realizadas. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.183.266/PR*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Moyses Tosin. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14857504&num_registro=201000333214&data=20110518&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016. No mesmo sentido e ainda a título de ilustração: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 808.708/RJ*. Recorrente: Dagmar Gonçalves da Fonseca. Recorrido: União. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5468392&num_registro=200600060728&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.)

[250] DE SOTO, Hernando. *Op. cit.*, p. 154-155; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 170.

requisitos jurídicos para receber o aludido título, ele faz jus ao mesmo, em igualdade de condições aos demais indivíduos que se beneficiaram deste instrumento.

Todos estes argumentos comprovam que a ocupação dos bens públicos tem efeitos jurídicos e conferem direitos oponíveis ao proprietário público. Porém, o instrumento que melhor ilustra a reconfiguração da imprescritibilidade é a concessão de uso especial para fins de moradia[251], criada pela Medida Provisória n. 2220, de 04 de setembro de 2001.

Conforme a atual redação do artigo 1º, da Medida Provisória, o indivíduo que, até 22 de dezembro de 2016, ocupou por cinco anos, ininterruptamente, imóvel público urbano e o destinou para sua moradia ou de sua família tem direito a ter sua posse reconhecida e regularizada. Neste caso, o imóvel não pode ser superior a 250m² e o indivíduo não pode ser proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural.

Consoante ao artigo 2º, o imóvel urbano ocupado por população de baixa renda, com área maior que 250m², onde é impossível identificar os terrenos ocupados por cada indivíduo ou família, também poderão ser objeto de concessão de uso especial para fins de moradia. Neste caso, a concessão será coletiva, adotando-se os mesmos requisitos presentes na concessão individual de uso especial para fins de moradia.

A concessão de uso especial para fins de moradia poderá ser conferida pelos proprietários públicos independentemente de solicitação dos ocupantes. Porém, conforme o artigo 6º, os ocupantes podem requerê-la administrativamente, mediante a comprovação de que atendem aos requisitos legais acima. Se em doze meses da realização deste requerimento, o Ente Público não conceder o título, os ocupantes poderão requerê-lo judicialmente.

Portanto, a ocupação do bem público pelo prazo citado confere aos ocupantes do imóvel o direito subjetivo público de adquirirem o sobredito direito real sobre o bem público e, assim, permanecerem na área ocupada e terem a sua situação jurídica regularizada[252]. Ademais, a possibilidade de se requerer judicialmente este direito real denota que a posse do bem confere aos ocupantes uma pretensão oponível ao proprietário público[253], cuja recusa é uma omissão ilícita que obsta a realização da função social da propriedade pública urbana.

Neste caso, é o ocupante quem está atribuindo ao bem público uma destinação juridicamente válida[254] – porquanto conforme ao princípio da função social do imóvel público

---

[251] Como se mencionou acima, o citado instrumento de regularização fundiária impõe diversos deveres ao proprietário público, entre os quais, o dever de alterar a afetação originalmente atribuída ao bem público.

[252] Com base em outros argumentos, mas chegando a esta mesma conclusão: LUFT, Rosângela Marina. *Regularização...*, p. 130; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 66; ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Concessão de uso especial para fins de moradia...*, p. 166.

[253] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 351.

[254] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 95.

urbano. Consequentemente, a posse funcionalizada do bem público se constitui como o requisito legal que impõe ao proprietário o dever de regularizar a ocupação – em consonância, ao princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos[255].

Além disso, o artigo 4º prescreve que se o imóvel ocupado puder "acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes", o proprietário público "garantirá ao possuidor" o exercício do direito consubstanciado no título em outro local, próximo ao originalmente ocupado[256]. Neste caso, o direito à moradia do ocupante que deveria ser exercido no imóvel público ocupado não se extingue, mas, tem-se, apenas, a mudança da base física onde este direito será exercido.

Esta exegese fornece as bases necessárias para interpretar o artigo 5º, desta Medida Provisória. Segundo este artigo, o Ente Público terá a faculdade de "assegurar o exercício do direito" à concessão de uso especial para fins de moradia em outro bem público, se o imóvel ocupado estiver afetado às finalidades enumeradas nos seus incisos. Estas afetações são a destinação do bem ao "uso comum do povo", à realização de "projeto de urbanização", ao "interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais". Esta mesma faculdade se aplica aos imóveis "reservados à construção de represas e obras congêneres" e se as ocupações se situarem em vias de comunicação.

O vocábulo "faculdade" não significa que o Ente Público tenha a opção de realizar ou não a função social do imóvel público, consubstanciada na garantia ao direito à moradia aos ocupantes. Na verdade, ele terá duas opções: garantir a permanência dos ocupantes no imóvel, ou garantir-lhes este mesmo direito em outro bem público urbano de sua titularidade, caso se verifiquem algumas das situações concretas citadas[257].

A seleção da opção juridicamente adequada não se restringe ao mero ato decisório formal de afetação, pois, a função social exige a realização fática de uma das possíveis destinações atribuídas ao bem. Assim, os critérios norteadores desta decisão são o início das ações públicas – obras e atividades humanas[258] – que permitirão que a destinação contida no

---

[255] "Não se poderia entender como válida, cumpridora de uma função social, a propriedade pública abandonada, sem qualquer tipo de utilização por parte da Administração. Nesse caso, não seria mesmo válida a retirada do ocupante do bem público, a despeito da ausência de autorização, quando este estiver cumprindo a função social". (ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 118.)
Assim, não se está diante de uma verdadeira oposição entre o interesse público e o interesse privado. Devido à conexão estrutural, pois, neste caso, a realização do direito à cidade perpassa a realização do direito à moradia do ocupante. (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 81-82; MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 140.)

[256] A exigência da proximidade se liga à própria noção do direito à cidade, visto que esta se liga à preservação dos vínculos sociais que caracterizam cada grupamento.

[257] Assim, o proprietário público não poderá exigir a retirada dos indivíduos com base em argumentos fundados em um "interesse público genérico", pois, no caso, os ocupantes conferem ao bem uma utilidade pública específica abarcada pela função social da propriedade pública urbana. (PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 73.)

[258] Bárbara de Almeida Araújo, ao analisar a decisão do Recurso Especial n. 260.238/ES, afirmou que a realização de obras de "urbanização" de áreas públicas ocupadas – por exemplo, "saneamento, iluminação, construção de

ato de afetação se realize[259] e o efetivo uso do bem conforme este ato de afetação[260]. Portanto, na análise do caso concreto, a verificação destes critérios põe fim à dissonância entre a "afetação oficial" e a "afetação de fato"[261]. Isto é, a oposição entre a destinação contida no ato decisório de afetação – que, muitas vezes, não passa de uma mera promessa – e a finalidade verdadeira que o bem cumpre – a atividade em que ele é realmente empregado[262].

Se nenhum dos critérios acima estiver presente, o Ente Público deverá conceder o direito real de concessão de uso especial para fins de moradia sobre o bem em que se encontra o ocupante. Porém, se um destes critérios estiver presente, o citado direito real será concretizado em outro bem público, exceto se ocorrerem situações específicas que determinem a manutenção dos ocupantes no imóvel[263]. Por exemplo, se o uso para fins de moradia for compatível com aquele contido no ato de afetação, ou se questões técnicas permitirem que a destinação contida no ato de afetação possa ser exercida, sem prejuízos, em outro local[264].

---

hospitais, escolas etc" – caracterizam-se como autorizações tácitas à permanência dos ocupantes. Ademais, segundo ela, esta mesma consequência pode ser atribuída aos casos em que os Entes Públicos ou seus delegatários aceitam receber o "pagamento de taxas [ou tarifas] pelo uso de energia elétrica [ou outros serviços públicos] daqueles que ocupam as terras [públicas]".

Estas ações públicas geram a confiança legítima dos ocupantes de que terão sua situação jurídica regularizada. Assim, a expulsão dos indivíduos ou a omissão em realizar a regularização das ocupações se apresenta como conduta contrária ao princípio da moralidade administrativa, pois, identificada como ação contraditória – isto é, como *venire contra factum proprium*. (ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 132-134; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 260.238/ES*. Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A. Recorrido: Tereza Nicéia Fernandes e Outros. Relator Ministro Garcia Vieira, Brasília, 25 de setembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=75048&num_registro=200000504769&data=20000925&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.)

[259] FOULQUIER, Norbert. *Op. cit.*, p. 40-45; GUETTIER, Christophe. *Op. cit.*, p. 75-78; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 137-138.

[260] FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*, p. 482-490 e 497-498; FLEINER, Fritz. *Op. cit.*, p. 216-222.

[261] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 121.

[262] GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 138. Em um sentido parcialmente semelhante, mas, em uma exegese axiológica, Bárbara de Almeida Araújo admite que, no caso concreto, pode ser "mais interessante" remover os ocupantes se o seu direito de permanência tiver um peso menor que outros "interesses constitucionais relevantes". Para mais informações: ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 123-124.

[263] Para Régis Fernandes de Oliveira, a falta de ações concretas que realizem a destinação contida no ato de afetação significa que o bem não foi realmente afetado. Ele permanece como um bem público dominical e, portanto, não "há necessidade de desafetação da área". (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 66.) Para outros autores, como José Carlos de Freitas, a ausência das citadas ações concretas é um indicativo da desafetação tácita destes bens. (FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 347-348.)

Apesar desta orientação, entende-se que o caso envolve uma afetação legal. Esta exige que o proprietário público analise a presença dos sobreditos requisitos e realize as ações concretas concernentes à identificação, demarcação e regularização das ocupações. Assim, se os requisitos legais que conferem aos ocupantes o direito subjetivo público de permanência estiverem presentes, o proprietário público deve realizar as citadas ações concretas, sob pena de sua omissão se caracterizar como ilícita e ensejar a atuação do Poder Judiciário.

[264] Estes critérios são particularmente importantes diante dos casos de ocupações de bens públicos destinados à tutela do patrimônio natural. Muitas vezes, esta afetação exige que o proprietário público realize o mínimo de intervenções possível para que o ambiente se mantenha intacto, o que pode aparentar que o bem não está atendendo a qualquer fim público. (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 66.)

Dessa forma, o "início das ações públicas que permitirão que a destinação contida no ato de afetação se realize faticamente" e/ou "o efetivo uso do bem conforme este ato de afetação" devem ser analisados caso a caso. Ademais, na hipótese de ocupação destes bens, devem-se verificar diversas situações que somente podem ser

Dessa forma, em síntese, os bens públicos urbanos não podem ser adquiridos por meio de usucapião por expressa vedação constitucional. Porém, se a posse desprovida de títulos de uso privativo não altera a natureza jurídica destes bens[265], também se deve reconhecer que ela não é vazia de consequências jurídicas[266], pois, ela garante ao ocupante diversos direitos[267]. Em alguns casos, ele terá direito de preferência à aquisição do bem ou o direito de ser indenizado pelas benfeitorias e acessões que realizou. Ademais, ele tem direito a um tratamento isonômico na conversão de sua posse em propriedade privada e, em alguns casos, ele será titular do direito de ter sua posse regularizada mediante a concessão de uso especial para fins de moradia.

2.2.3.3 A reconfiguração da impenhorabilidade/não-oneração dos bens públicos urbanos

Tradicionalmente, a impenhorabilidade é compreendida como a impossibilidade de uma decisão judicial determinar que um bem público seja empregado para pagar uma dívida contraída pelo proprietário público. Como uma decorrência lógica deste atributo tem-se que os bens públicos não podem ser gravados com direitos reais que objetivem garantir as citadas dívidas, o que se denomina de não-oneração. Assim, a impenhorabilidade e a não-oneração também são consideradas aplicações da indisponibilidade do interesse público[268].

Diante da ampliação da crise fiscal e da carência de recursos públicos das décadas de 1980 e 1990, estes atributos foram compreendidos como obstáculos à realização das finalidades do Estado brasileiro. Por exemplo, a morosidade na quitação dos débitos públicos

---

mensuradas por outras Ciências e que produzirão respostas específicas para cada caso. Por exemplo, deve-se analisar se o ambiente foi degradado a ponto de não poder ser recuperado, se é possível a compatibilização da tutela ambiental e o uso do bem para fins de moradia etc. (ALFONSIN, Betânia de Moraes. Capítulo I: da concessão de uso especial. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 424-425; ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Concessão de uso especial para fins de moradia...*, p. 168-170. Para mais informações sobre a possibilidade de harmonização destas afetações: COSTA, Igor Sporch da. Para além das semelhanças: um ensaio sobre a autonomia e a simbiose entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 946, p. 187-230, ago. 2014. p. 217-219.)

Assim, tem-se que a solução para estes casos não pode ser tomada por meio de um simples silogismo. Ao contrário, o decisor deverá examinar os diversos aspectos fáticos, jurídicos e técnicos que estão envolvidos no caso, em consonância ao processo de concretização da função social da propriedade pública, nos termos acima explicitados.

[265] MUKAI, Sylvio Toshiro. *Op. cit.*, p. 84.
[266] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 362.
[267] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 170.
[268] MUKAI, Sylvio Toshiro. *Op. cit.*, p. 68-69.

por meio do sistema de precatórios do artigo 100, da Constituição, apresentava-se como um impedimento ao direito fundamental de acesso à justiça, principalmente, quando as dívidas fossem de pequeno valor ou tivessem natureza alimentar. Neste mesmo sentido inseriam-se outras demandas jurisdicionais, como, por exemplo, aquelas concernentes ao acesso de medicamentos e demais insumos médicos necessários à manutenção da saúde dos indivíduos.

Como solução a estes problemas, o artigo 100, da Constituição, sofreu diversas emendas que possibilitaram que as dívidas de pequeno montante e de natureza alimentar fossem pagas com preferência aos demais débitos públicos. Igualmente, o Poder Judiciário intensificou a sua atuação nas ações referentes aos tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos. Nesta nova postura jurisdicional, afastaram-se as alegações de natureza orçamentária apresentadas pelos Entes Públicos, determinando-se que os bens e serviços fossem prestados imediatamente aos requerentes, devido à natureza dos direitos envolvidos[269].

A impenhorabilidade e a não-oneração também foram compreendidas como óbices à realização de investimentos públicos – por exemplo, a instalação de grandes obras de infraestrutura urbana. Afinal, os Entes Públicos não podiam fornecer garantias aos executores das obras de que arcariam com suas obrigações financeiras. Da mesma forma, as eventuais operações de auxílio financeiro da União aos Estados-membros e aos Municípios também ficavam sem garantias de que os recursos retornariam à primeira.

Para afastar os primeiros óbices, desenvolveram-se mecanismos que objetivavam permitir que os Entes Públicos pudessem oferecer garantias aos contratados sem que houvesse mácula à Constituição. Por exemplo, os Entes Públicos foram autorizados a contratar instrumentos de garantia junto às instituições bancárias e a criar fundos públicos cujos recursos se destinavam especificamente ao pagamento das dívidas contraídas em razão das citadas obras

---

[269] FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 22. Para Rodotà as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos e a reparação/indenização decorrentes de danos à saúde dos indivíduos denotam a dilatação da técnica proprietária para outros âmbitos da vida humana que, *a priori*, estavam excluídos da aplicação desta técnica. Para ele, esta exegese encontra a sua base no fato de que o direito de propriedade foi o modelo/a inspiração para o delineamento jurídico do que se considera direito subjetivo.
Ademais, segundo o autor, decisões judiciais, como aquelas citadas acima, indicam a paulatina transformação do atributo da exclusividade que passa a substituir pela acessibilidade – isto é, a legitimação da propriedade mediante a proteção de interesses socialmente relevantes e que devem estar disponíveis a todos os indivíduos. Neste mesmo sentido inserem-se outros interesses ou direitos fundamentais de segunda ou terceira geração, como o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à moradia, o direito às prestações sociais etc. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 39-40 e 61. Em sentido oposto, Miguel Nogueira de Brito não vê nestas decisões judiciais a extensão da técnica proprietária às prestações estatais. Notadamente no que concerne às prestações sociais, ele afirma que concebê-las como uma espécie de propriedade "implica uma 'privatização' do princípio da socialidade [da igualdade, da dignidade humana e do Estado Social] que é em si mesma questionável". Para mais informações: BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.*, p. 71-81.)

públicas. Este é o caso dos instrumentos de garantia criados pelos artigos 8º e 16 a 22, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, entre os quais está o Fundo Garantidor de Parcerias[270].

[270] Os artigos 8º e 16 a 22, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, prescrevem: "Art. 8º – As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei. Parágrafo único – (Vetado). (...) Art. 16 – Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. §1º – O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios. §2º – O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração. §3º – Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados. §4º – A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. §5º – O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem. §6º – A integralização com bens a que se refere o §4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda. §7º – O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada. §8º – A capitalização do FGP, quando realizada por meio de recursos orçamentários, dar-se-á por ação orçamentária específica para esta finalidade, no âmbito de Encargos Financeiros da União. §9º – (Vetado). Art. 17 – O FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. §1º – O estatuto e o regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas. §2º – A representação da União na assembléia dos cotistas dar-se-á na forma do inciso V do art. 10 do Decreto-Lei n. 147, de 03 de fevereiro de 1967. §3º – Caberá à instituição financeira deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez. Art. 18 – O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo. §1º – A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades: I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador; II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia; III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia; V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP. §2º – O FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas. §3º – A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia. §4º – O FGP poderá prestar garantia mediante contratação de instrumentos disponíveis em mercado, inclusive para complementação das modalidades previstas no §1º. §5º – O parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de: I – crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados da data de vencimento; e II – débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado. §6º – A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado. §7º – Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas. §8º – O FGP poderá usar parcela da cota da União para prestar garantia aos seus fundos especiais, às suas autarquias, às suas fundações públicas e às suas empresas estatais dependentes. §9º – O FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo

No que concerne ao auxílio aos demais Entes Federados, a União adota diversos instrumentos para assegurar o retorno dos recursos. Há, por exemplo, a transferência do controle de Entes da Administração Indireta que serão privatizados para pagar os empréstimos. Há, ainda, o fracionamento do auxílio, de forma que a liberação das parcelas depende do cumprimento de metas que capacitarão os Entes Federados auxiliados a quitarem os débitos.

Porém, esta reconfiguração também impacta questões relativas aos imóveis públicos urbanos. Um destes reflexos se refere aos bens públicos transferidos por meio de doações com encargos a indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado. Conforme o §4º, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, o instrumento de doação com encargos fixará "o prazo para o seu cumprimento e cláusula de reversão". Assim, por meio da doação, o imóvel se torna um bem particular e, portanto, pode ser hipotecado para financiar atividades relacionadas à realização do próprio objetivo perseguido por meio da alienação gratuita. Porém, nesta hipótese, se a hipoteca fosse executada, os encargos, os prazos para cumpri-los e o direito de reversão poderiam ser prejudicados.

Para afastar este risco, a Lei n. 8.883, de 08 de junho de 1994, inseriu o §5º, no mencionado artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Este parágrafo prescreve que no caso de ser instituída hipoteca para "garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau" em benefício do doador.

---

parceiro público. §10 – O FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado. §11 – O parceiro público deverá informar o FGP sobre qualquer fatura rejeitada e sobre os motivos da rejeição no prazo de 40 (quarenta) dias contado da data de vencimento. §12 – A ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público no prazo de 40 (quarenta) dias contado da data de vencimento implicará aceitação tácita. §13 – O agente público que contribuir por ação ou omissão para a aceitação tácita de que trata o §12 ou que rejeitar fatura sem motivação será responsabilizado pelos danos que causar, em conformidade com a legislação civil, administrativa e penal em vigor. Art. 19 – O FGP não pagará rendimentos a seus cotistas, assegurando-se a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, correspondente ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo. Art. 20 – A dissolução do FGP, deliberada pela assembléia dos cotistas, ficará condicionada à prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias pelos credores. Parágrafo único – Dissolvido o FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução. Art. 21 – É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP. Parágrafo único – A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente. Art. 22 – A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios".

Neste caso, a hipoteca em benefício do Ente Público será regida pelos artigos 1476 a 1478, do Código Civil[271]. Isto é, o valor do imóvel deve ser suficiente para garantir ambos os créditos e a hipoteca em benefício do Ente Público somente poderá será executada após o vencimento da hipoteca contraída para financiar as atividades do donatário. O Ente Público poderá se sub-rogar nos direitos do beneficiário da primeira hipoteca se ele quitar a dívida do donatário, caso este não o tenha feito. Ademais, o donatário pode renovar ou prorrogar a primeira hipoteca, mas, neste caso, a hipoteca que beneficia o Ente Público se tornará hipoteca de primeiro grau e a hipotecada renovada ou prorrogada se tornará de segundo grau.

Porém, a adoção do sistema de hipotecas para garantir o cumprimento dos encargos dificilmente permitirá a realização da finalidade que levou à doação. O Ente Público somente terá direitos ao ressarcimento pecuniário, o que não significa que a função social do imóvel será atendida e, além disso, estes recursos não se vinculam à realização do fim que levou à doação[272]. Assim, embora os instrumentos dos citados §§4º e 5º sejam um efeito da extensão da técnica proprietária aos bens públicos, eles não asseguram a realização da função social.

Outro reflexo da impenhorabilidade/não-oneração se encontra nos principais instrumentos de uso privativo de bens públicos empregados na regularização fundiária urbana: a concessão de direito real de uso, o direito de superfície e a concessão de uso especial para fins de moradia. Há muito tempo, parte da doutrina defendia que a hipoteca dos direitos transmitidos por estes títulos possibilitaria que os beneficiários das ações de regularização contraíssem empréstimos para a construção e/ou melhoria das suas casas[273].

---

[271] Os artigos 1476 a 1478, do Código Civil, prescrevem: "Art. 1.476 – O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor. Art. 1.477 – Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira. Parágrafo único – Não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira. Art. 1.478 – Se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la; se este não pagar, o segundo credor, efetuando o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum. Parágrafo único – Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais".

[272] Embora a hipoteca seja uma garantia real, no caso de duas hipotecas sobre um bem, este deverá ser alienado para satisfazer os dois credores. Por sua vez, se o proprietário público quitar a dívida, ele dispenderá recursos públicos que reduzirão a sua capacidade financeira, o que poderá prejudicar a realização do direito à cidade.

[273] Para mais informações sobre as discussões iniciais acerca do uso destes instrumentos para fins de regularização fundiária, notadamente o direito de superfície: LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Como estudos iniciais acerca da adoção da concessão de direito real de uso: WEIGAND, Vera Maria. Concessão de direito real de uso e as novas disposições de registro imobiliário. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à cidade*: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad e Instituto Polis, 1999. p. 173-190; WEIGAND, Vera Maria. Concessão de direito real de uso no direito brasileiro. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 303-335; WEIGAND, Vera Maria. Concessão de direito real de uso: um discurso insustentável. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIM, Bethânia (Orgs.). *A lei e a ilegalidade na*

Porém, esta orientação doutrinária ensejava diversas dificuldades. A concessão de direito real de uso transfere ao concessionário um direito real sujeito a cláusula resolutória, assim, ele não é uma garantia suficientemente hígida a garantir o crédito fornecido pelo sistema financeiro[274]. No que tange ao direito de superfície e à concessão de uso especial para fins de moradia, compreendia-se que o ordenamento jurídico não era claro quanto à natureza jurídica do direito transmitido. Isto é, havia dúvidas se o citado instrumentos transferiam direitos de natureza real ou pessoal ao superficiário e ao concessionário.

Outrossim, o Código Civil de 1916 e, posteriormente, a redação original do artigo 1473, do Código Civil atual, não prescreviam que os direitos decorrentes dos citados títulos podiam ser hipotecados[275]. Ademais, compreendia-se que a impenhorabilidade/não-oneração impedia que os bens públicos fossem gravados com direitos reais de garantia, apesar de o Código Civil de 1916 não impedir que o enfiteuta de bens públicos hipotecasse seus direitos.

No entanto, estes impedimentos jurídicos foram afastados paulatinamente. O inciso II, do artigo 1225, do Código Civil de 2002 prescreveu, textualmente, que o direito de superfície tem natureza real. A Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, inseriu no citado artigo 1225 os incisos XI e XII, que reconheciam que os direitos transferidos pelos outros instrumentos citados são direitos reais. Esta mesma lei inseriu os incisos VIII, IX e X, no artigo 1473, e, assim, reconheceu que os direitos reais consubstanciados nestes títulos podiam ser hipotecados.

Assim, as críticas sobre a impossibilidade de hipotecar os citados direitos reais perderam força. Afinal, as dívidas garantidas pelas citadas hipotecas não foram contraídas pelos Entes Públicos, mas pelo titular do direito de uso privativo, isto é, estas dívidas tinham natureza jurídica privada e não se sujeitavam aos procedimentos especiais de execução das dívidas públicas. Além disso, o objeto da garantia não era o bem, ou o direito dos proprietários públicos sobre os seus bens, mas, os direitos reais decorrentes dos títulos de uso privativo[276].

---

produção do espaço urbano. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 355-377; TURRA, Bárbara Miranda. A concessão de direito real de uso como alternativa para a regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Bethânia (Orgs.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 33-41.

[274] Afinal, o descumprimento da citada cláusula implica na retomada do bem pelo proprietário público, nos termos prescritos pelo já citado §3º, do artigo 7º, do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967.

[275] Parte da doutrina compreendia que isto não impedia a hipoteca dos direitos conferidos por meio destes títulos, pois, se estes direitos podiam ser alienados, eles também podiam ser hipotecados. Afinal, a transferência do bem para o credor seria uma forma de alienação. (WEIGAND, Vera Maria. *Concessão de direito real de uso e as novas*..., p. 177; TURRA, Bárbara Miranda. *Op. cit.*, p. 38.)

[276] Recorde-se a distinção feita por Pietro Perlingieri, para quem, os planos fático e jurídico estão em permanente relação e se influenciam mutuamente sem se confundirem. Os bens são elementos físicos existentes no plano fático, enquanto o direito de propriedade e os demais direitos incidentes sobre os bens são situações subjetivas relativas aos bens e que existem no plano jurídico. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 85.)

Não obstante seja juridicamente possível a hipoteca destes direitos reais, no plano fático, há diversos óbices a estas operações. Por exemplo, se estes direitos são transferidos por prazo determinado, as hipotecas deverão se restringir a este limite temporal[277]. Ademais, como estes instrumentos não transferem todas as prerrogativas proprietárias aos beneficiários, os títulos de uso privativo encontram pouca aceitação do mercado, devido à prevalência do individualismo proprietário. Outrossim, os atores do sistema financeiro consideram o financiamento garantido por meio destes direitos reais como um negócio arriscado, pois, a carestia dos beneficiários dos títulos cria uma expectativa de inadimplência das dívidas.

Ainda que se afastem estes óbices, tem-se que, no caso de inadimplemento, estes direitos serão alienados, mas esta alienação deve ser consentânea à destinação concreta que levou à outorga dos títulos. Isto é, estes direitos reais não poderão ser adquiridos por quaisquer indivíduos, mas, somente por quem se subsuma ao perfil do titular original, sob pena de se estar diante de um desvio de finalidade[278]. Assim, se estes títulos foram outorgados no âmbito de ações de regularização fundiária para atender às populações de baixa renda, os credores somente poderão alienar os direitos reais adquiridos para indivíduos que pertençam a este segmento[279].

Expostas as novas configurações do regime jurídico-constitucional dos bens públicos urbanos, podem-se investigar os impactos da função social da propriedade pública urbana na gestão dos imóveis públicos urbanos. Este é o objeto das considerações seguintes.

2.3 Os impactos da função social da propriedade pública urbana sobre a gestão dos bens públicos urbanos

Em linhas gerais, a gestão do patrimônio público imobiliário urbano[280] se insere entre as competências discricionárias dos Entes Públicos. Durante a história brasileira, estas

---

[277] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso*..., p. 190.

[278] Para Júlia Azevedo Moretti, a regularização fundiária, mediante a concessão de uso especial para fins de moradia não impede que os direitos reais concedidos sejam negociados. Porém, toda transferência destes direitos deve-se dar em um "nicho de mercado que beneficie não apenas os concessionários originais, mas qualquer família de baixa renda que não tenha acesso ao mercado imobiliário tradicional". (MORETTI, Júlia Azevedo *apud* LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 132.)

[279] Recorde-se que a possibilidade de perda dos direitos reais decorrentes da hipoteca destes direitos pode agravar a situação de vulnerabilidade social dos titulares de direitos reais decorrentes da concessão de uso especial para fins de moradia. Isto porque, o §2º, do artigo 1º, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, prescreve que o citado direito real "não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez".

[280] Recorde-se que a expressão "patrimônio público imobiliário urbano" abarca os bens públicos urbanos e, também, os bens particulares urbanos sujeitos a vínculos de especial sujeição.

competências foram empregadas, pragmaticamente, de forma similar à autonomia que o modelo oitocentista atribuiu aos proprietários particulares. Assim, criou-se a falsa ideia de que os Entes Públicos e, em especial, os gestores públicos, são titulares de amplos poderes que abarcam a atribuição de destinações aos bens públicos, a definição dos casos de aquisição, de alienação e de outorga de títulos de uso privativo destes bens.

Esta falsa percepção encontra diversas causas. Elas se ligam aos elementos disfuncionais que ainda se fazem presentes na esfera pública brasileira, como é o caso do autoritarismo, do patrimonialismo, do clientelismo e da primazia fática de interesses privados sem lastro no interesse público[281]. Somam-se a estes elementos, outros fatores, como o desconhecimento sobre a real composição do patrimônio público brasileiro e a ausência de fiscalização quanto à destinação dos bens públicos que já foram devidamente identificados. Neste mesmo sentido inserem-se outras causas, como, por exemplo, as ações públicas de fomento às atividades produtivas particulares que se caracterizam pela alienação de bens públicos e pela outorga de títulos de uso privativo desacompanhadas de controle público.

Assim, a gestão do patrimônio público brasileiro se desenvolveu em dissonância à realização dos direitos fundamentais. Isto é, os bens integrantes deste acervo patrimonial eram e, de certa forma, ainda são empregados para atender interesses que não se ligam à realização dos direitos fundamentais, apesar de a Constituição de 1988 conter elementos aptos a alterar esta realidade. Todavia, estes elementos não encontraram eco imediato no ordenamento infraconstitucional e nas práticas de gestão pública imobiliária, porquanto, nos primeiros anos de vigência da Constituição, ainda se estava diante da "rígida separação" entre o "público" e a sociedade[282]. Assim, neste contexto, ainda se mantinha uma visão que tornava a gestão do patrimônio público um tema alheio aos indivíduos e à sociedade em geral.

O início desta mudança se deu com a regulamentação da Constituição. Neste período, intensificaram-se o processo de autonomização de ramos do Direito que, até então, eram vistos como capítulos do Direito Administrativo. Este é o caso, por exemplo, do Direito Urbanístico, cujo desenvolvimento foi responsável por definir que no âmbito urbanístico, o interesse público se identifica como a realização do direito à cidade. Ademais, o Direito Urbanístico no Brasil foi um dos responsáveis por solidificar a compreensão de que a relação

---

[281] MARICATO, Ermínia. *O impasse...*, p. 74; MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade? In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 225 e 237; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 151; DAMATTA, Roberto. *Em torno...*, p. 680; FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 60-61 e 110.

[282] FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 21-22.

jurídica de pertença dos bens públicos urbanos tem natureza proprietária, cuja justificativa se encontra na função social da propriedade pública urbana.

Assim, nos termos expostos por Duguit, a propriedade pública urbana se caracteriza como uma "propriedade-função"[283]. A titularidade de um bem urbano impõe ao proprietário público o dever de realizar a função social urbanística, o que permite afirmar, em consonância a Perlingieri[284], que "a propriedade pública urbana é uma função social". Esta última fórmula doutrinária não tem um simples caráter retórico que simplesmente indica uma finalidade desprovida de sentido e consequências práticas. Ao contrário, a citada fórmula demonstra que a função social é a expressão do interesse público urbanístico no que concerne ao regime jurídico da propriedade pública urbana.

Neste sentido, o direito positivo brasileiro permite extrair nove conjuntos de possibilidades de destinação que podem ser atribuídas aos bens públicos urbanos, o que denota o conteúdo jurídico da função social da propriedade pública urbana. Dessa forma, ela tem densidade normativa suficiente para determinar os comportamentos considerados lícitos ou ilícitos, porquanto adequados ou não à função social[285]. Consequentemente, a função social contribui para determinar as competências dos criadores de textos jurídico-normativos, dos gestores públicos, dos usuários dos bens públicos urbanos e dos titulares de direitos de uso privativo destes mesmos bens.

Assim, as competências discricionárias relacionadas ao patrimônio público e, especialmente, aos bens públicos urbanos, não atribuem uma liberdade absoluta aos sobreditos sujeitos de direito. De um lado, a função social enquanto princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos configura a discricionariedade legislativa, impondo escopos e limites à capacidade de inovação legislativa.

Lado outro, enquanto princípio da função social do imóvel público urbano, a função social da propriedade pública urbana também determina a discricionariedade relacionada à gestão dos bens públicos. Destarte, os Entes Públicos não são titulares de uma ampla liberdade no que concerne à aquisição, à alienação, à conservação e ao uso dos bens públicos urbanos, pois, todas estas prerrogativas devem ser exercidas em estreita consonância ao princípio da função social. Isto significa, por exemplo, que a distribuição e instalação dos serviços, das

---

[283] DUGUIT, Léon. *Les transformations genérales du droit privé*..., p. 165-166.

[284] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 78-79 e 129-130.

[285] Neste sentido, como recorda Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, os princípios jurídicos em geral – e a função social da propriedade pública urbana, em específico – são textos jurídico-normativos sujeitos ao processo de concretização que permitirá estabelecer os comportamentos adequados e inadequados ao seu conteúdo normativo. (WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 179.)

infraestruturas e dos equipamentos públicos urbanos não são definidas livremente pelos Entes Públicos, mas que estas decisões também são determinadas pela função social.

Ademais, em consonância à centralidade do direito à cidade e da função social da propriedade, o Direito Urbanístico brasileiro criou novos instrumentos que possibilitaram a participação popular na tomada de decisões públicas sobre o patrimônio público urbano[286]. Ao mesmo tempo, ele ampliou as hipóteses de aplicação de instrumentos jurisdicionais e administrativos já existentes no sistema jurídico brasileiro e que alargaram os meios de controle sobre a gestão deste acervo patrimonial. Isto é, no primeiro caso está-se diante do que se denomina de controle social *ex ante* e, no segundo, tem-se o controle social *ex post*, ambos insertos no processo mais amplo que marcou o fim da ditadura civil-militar: a refundação do Brasil como um Estado Democrático de Direito[287].

Embora todos estes aspectos já tenham sido tratados direta ou indiretamente, faz-se necessários sistematiza-los. Inicialmente, examinar-se-ão os elementos relacionados à democratização da gestão pública urbana, com ênfase nos principais impactos da participação popular sobre os bens públicos urbanos, durante os discursos de justificação e de aplicação do Direito Urbanístico. Assim, neste primeiro momento, enfocar-se-ão somente os instrumentos de controle social *ex ante* que, direta ou indiretamente, determinam a função social da propriedade pública urbana.

Em seguida, analisar-se-ão os impactos da função social sobre as competências administrativas discricionárias referentes à gestão dos bens públicos urbanos. Enfim, apresentar-se-ão algumas possibilidades de se controlarem as prerrogativas dos proprietários públicos, de forma a exigir que eles cumpram a função social.

---

[286] Conforme Luigi Bonizzato, "a nova filosofia consensual que permeia as relações Estado-sociedade, conduz à formulação de ideias frescas, segundo as quais não apenas ao Estado caberia decidir sobre possíveis intervenções na propriedade, mas também cada cidadão estaria apto a exigir uma efetiva prestação estatal, quando da conclusão de que, por exemplo, determinada obra significaria uma redução a curto, médio ou longo prazo, da qualidade de vida do bairro onde mora". (BONIZZATO, Luigi. *Op. cit.*, p. 60. No mesmo sentido: RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 44-45; SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 163-164; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 15-16.)

[287] FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 46-47; SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 83; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 176.

2.3.1 A democratização da gestão do patrimônio público urbano

O direito à cidade é formado pelo binômio acessibilidade e participação. O primeiro elemento se relaciona diretamente à função social da propriedade, pois, refere-se ao acesso à terra urbana, às redes de serviços, infraestruturas e equipamentos urbanos e às diversas condições que permitem aos indivíduos atribuírem um sentido à cidade. Todavia, isto não significa que a função social não tenha qualquer relação com a participação popular, afinal, este último elemento confere aos indivíduos o papel de protagonistas nas diversas decisões acerca da produção e ordenação espacial.

Esta inter-relação é corroborada pelos resultados obtidos na pesquisa em direito comparado. Como se observou naquela ocasião, os documentos locais de urbanismo dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental apresentam inúmeros pontos de contato. Neste momento, três destes elementos de convergência apresentam um interesse especial.

O primeiro se refere ao conteúdo material dos citados documentos. Todos eles prescrevem, com maior ou menor grau de detalhamento, o zoneamento do território, definindo os índices e parâmetros urbanísticos de cada parte do território e as atividades que poderão ou não ser realizadas em cada zona e aquelas que serão vedadas. A definição de cada zona considera diversos aspectos, como, por exemplo, elementos físicos e sociais, as atividades já instaladas, as destinações das zonas vizinhas etc.

O segundo elemento de convergência que interessa neste momento se refere ao aspecto procedimental que caracteriza o discurso de justificação para a elaboração, a revisão ou a modificação dos documentos locais de urbanismo. Nos sistemas da Europa latina ocidental, o discurso de justificação é precedido por uma fase em que os indivíduos são chamados para se manifestarem sobre o documento produzido, exigindo esclarecimentos, opondo-se a ele, ou ainda apresentando sugestões.

Dessa forma, verifica-se que a participação popular apresenta inúmeros objetivos. Por exemplo, ela tem o escopo de validar o diagnóstico e a fixação dos objetivos contidos nos planos. Ela também busca garantir que as demandas e as necessidades da população serão atendidas, o que significa que a participação popular possibilita a "inversão de prioridades" no que concerne à ordenação espacial[288]. Ademais, ela objetiva assegurar a publicidade do

[288] Rogério Gesta Leal afirma que a Política Urbana prescrita pela Constituição e o Direito Urbanístico brasileiro devem priorizar as "necessidades essenciais das populações pobres das cidades", atribuindo-lhes condições reais de atuação e combate à exclusão. Segundo ele, este dever abarca, por exemplo: "o conjunto dos modos

documento e criar condições para a sua efetividade, além de evitar que eles sejam cooptados por interesses privados sem lastro no direito à cidade etc[289].

Assim, se a participação popular não objetiva definir diretamente a função social da propriedade pública, pode-se dizer que, indiretamente, ela produz este resultado. Ao participarem da elaboração, da revisão ou da modificação dos planos locais de urbanismo, os indivíduos influenciam na configuração do zoneamento e dos índices e parâmetros urbanísticos que caracterizarão cada zona. Dessa forma, eles influenciarão na conformação das prerrogativas dos proprietários de imóveis públicos situados em cada uma destas partes do território. Ademais, ao participarem da definição da destinação urbanística de cada zona, os indivíduos também estarão definindo as possíveis afetações que os proprietários públicos poderão atribuir aos seus imóveis.

Além disso, deve-se recordar que a definição destes aspectos deve considerar as necessidades e demandas dos indivíduos, as quais abarcam a distribuição de atividades privadas e das redes de equipamentos, infraestruturas e serviços públicos que dão suporte à vida dos

---

de produção e de consumo, a emergência e a generalização de novos valores e instituições; a implantação de redes de transporte e de comunicação; a implantação de uma pauta urgente de gerenciamento das carências mais agudas dos setores privados e o redimensionamento, através de prioridades e políticas públicas, das funções e significados do Estado". Isto é, as ações públicas em geral, notadamente aquelas relacionadas à gestão dos bens públicos urbanos, devem objetivar "a eliminação da pobreza" e a "redução das desigualdades sociais, devendo, para tanto, adotarem-se políticas que priorizem os segmentos pobres da população". (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 153-154, 168-169 e 163-164. No mesmo sentido: LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 177.)

Nelson Saule Júnior também compartilha desta orientação. Ele afirma que as ações urbanísticas municipais devem objetivar "atender às necessidades essenciais da população marginalizada e excluída das cidades", sob pena de serem consideradas inconstitucionais. Assim, estas ações e as "prioridades de investimento" – sustentadas na participação popular – devem ser concebidas para "inverter a ordem da destinação dos recursos, das obras e serviços públicos", de forma a "atender aos reais interesses da população". (SAULE JÚNIOR, Nelson. *Capítulo III...*, p. 260-261 e 269. Igualmente, Amartya Sen reconhece a vinculação e complementariedade entre a participação popular – "condição de agente" – e o acesso às condições sociais – "oportunidades sociais, políticas e econômicas" ou "disposições sociais". Para mais informações: SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 10 e 57-58. No mesmo sentido: SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 83 e 113.)

[289] Não obstante estes escopos, para Luigi Bonizzato, a importância da participação popular na elaboração dos diversos documentos de urbanismo somente pode ser compreendida se ela for inserida no cenário mais amplo da atual "crise que envolve o sistema representativo, típico de grande parte dos regimes democráticos do mundo". Segundo ele, um dos efeitos desta crise foi a criação de instrumentos que objetivam garantir que a sociedade e os indivíduos possam "agir e, principalmente, fazer valer seus direitos mais basilares".

Especificamente no que concerne ao Direito Urbanístico, estes instrumentos de participação popular estão presentes, desde a elaboração de textos jurídico-normativos gerais até ao processo de tomada de decisões em casos concretos. Assim, pode-se afirmar que os citados instrumentos recolocam na posição juridicamente adequada os indivíduos – titulares do interesse público urbanístico – e os Entes Públicos – gestores deste interesse. Afinal, os Entes Públicos somente poderão conduzir as ações urbanísticas – o que abarca as diversas decisões relacionadas aos bens públicos urbanos – em consonância às orientações e decisões tomadas pelos titulares do direito à cidade. (BONIZZATO, Luigi. *Op. cit.*, p. 158, 165 e 175; MENEGASSI, Jacqueline; OSÓRIO, Letícia Marques. Seção XII: do estudo de impacto de vizinhança. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 234-235.)

indivíduos. Assim, ainda que indiretamente, os documentos locais de urbanismo indicam aos Entes Públicos a função social dos seus bens, conforme a localização de cada um deles em cada uma destas zonas.

Este aspecto procedimental é impactado pelo terceiro elemento de interseção acima mencionado: a tendência dos sistemas jurídicos da Europa latina ocidental de conferir maior operacionalidade aos documentos locais de urbanismo. Esta tendência converge com o objetivo de simplificação das regras de urbanismo e de redução do número de textos jurídico-normativos, de forma a evitar a inflação legislativa[290].

Esta tendência pode ser ilustrada pelo caso lusitano. Conforme o Decreto-Lei n. 80/2015, de 14 de maio, os planos diretores portugueses serão acompanhados de um Programa de Execução e de um Plano de Financiamento e Fundamentação da Sustentabilidade Econômica e Financeira das intervenções propostas. Por meio do citado Programa definem-se as intervenções prioritárias que o Estado e o Município deverão realizar, bem como o cronograma que preverá os prazos para a sua realização. Por meio do aludido plano, estimam-se os custos para a execução das intervenções.

Os três elementos acima expostos também estão presentes no sistema jurídico brasileiro, ainda que eles apresentem especificidades. Tradicionalmente, os planos diretores brasileiros foram compreendidos como cartas de intenção, produzidas por técnicos que poderiam ser precedidas de fases participativas, embora esta não fosse a regra. Neste modelo, os planos diretores tinham baixa densidade normativa e não determinavam as condutas dos indivíduos e dos Entes Públicos. A verdadeira ordenação do espaço urbano era atribuída às Leis de Zoneamento e Uso e Ocupação do Solo, as quais eram consideradas eminentemente técnicas e, portanto, não contavam com a participação popular, embora grupos econômicos influenciassem diretamente o seu conteúdo[291].

Todavia, a Constituição, o Estatuto da Cidade e as Resoluções do Conselho das Cidades indicam uma mudança na citada concepção tradicional. A Constituição reenviou ao plano diretor a definição dos elementos caracterizadores da função social da propriedade privada e pública. Ademais, o Estatuto da Cidade prescreveu inúmeros instrumentos de urbanismo operacional que devem estar contidos no plano diretor e cuja aplicação depende da existência de bens públicos urbanos passíveis de serem afetados para atender diversas finalidades públicas específicas.

---

[290] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 99.
[291] VILLAÇA, Flávio. *Uma contribuição...*, p. 188-191, 222-225 e 232.

Outrossim, ainda que de forma implícita, a Constituição e o Estatuto da Cidade prescreveram que as regras acerca do zoneamento e do uso e ocupação do solo urbano devem ser incorporadas ao plano diretor. Esta determinação implícita foi corroborada pela recomendação contida na Resolução n. 34, de 01 de julho de 2005, do Conselho das Cidades. Esta prescreve no inciso V, do artigo 3º, que os planos diretores deverão consolidar "toda a legislação incidente sobre o uso e ocupação do solo no território do município".

Assim, verifica-se que, também no Brasil, o plano diretor deverá prescrever os índices e parâmetros urbanísticos aplicáveis a cada zona do território urbano, bem como as atividades que poderão ser realizadas em cada uma delas. Dessa forma, os planos diretores brasileiros definirão os elementos aptos a determinar a função social da propriedade pública, o que, aliás, está em consonância às recomendações do Conselho das Cidades. Conforme o inciso II, do artigo 1º, da sobredita Resolução n. 34, de 01 de julho de 2005, os planos diretores deverão abarcar "as ações e medidas para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, tanto privada como pública".

Em consonância à tendência de assegurar a operacionalidade dos planos diretores, o §4º, do artigo 182, da Constituição prescreve que os planos diretores definirão as áreas onde se aplicarão a desapropriação de imóveis particulares não-edificados, subutilizados ou não-utilizados. Igualmente, o Estatuto da Cidade prescreveu que vários instrumentos de urbanismo operacional deverão estar prescritos nos planos diretores, como, por exemplo, o direito de preempção, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir.

Além disso, a Constituição e o Estatuto da Cidade prescreveram uma relação de vinculação e hierarquia entre o plano diretor e os demais textos jurídico-normativos que, direta ou indiretamente, regulem a produção e/ou ordenação espacial. Não obstante os planos brasileiros não contenham determinações similares àquelas do sistema lusitano, tem-se que a sobredita relação de vinculação e hierarquia objetiva garantir resultados similares àqueles existentes em Portugal. Assim, por exemplo, a instalação de redes de serviços e equipamentos públicos previstos nos planos setoriais devem estar em consonância às prescrições contidas nos planos diretores. Igualmente, consoante ao §1º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade, as leis orçamentárias locais devem destinar recursos para custear as diversas intervenções urbanísticas previstas no plano diretor e nos demais textos jurídico-normativos com impacto espacial[292].

Além destes elementos, a Constituição, o Estatuto da Cidade e as Resoluções do Conselho das Cidades também inovaram no procedimento de elaboração dos textos jurídico-

[292] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 149.

normativos de Direito Urbanístico. O inciso XII, do artigo 29, da Constituição, prescreveu que o sistema de planejamento municipal deverá contar com a participação das diversas "associações representativas", existentes no Município. Igualmente, o inciso II, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, prescreveu que uma das diretrizes da política urbana brasileira é a "gestão democrática". Esta se realizará mediante a "participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano".

Por sua vez, o §4º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade, exigiu a participação popular durante o discurso de justificação que precede a elaboração dos planos diretores e dos textos jurídico-normativos urbanísticos ou que apresentem impacto territorial. De forma a criar parâmetros mínimos de participação, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano criou as Resoluções n. 25, de 18 de março de 2005, e n. 83, de 08 de dezembro de 2009, e atribuiu a cada Município o dever de adequar estes parâmetros às suas especificidades locais. Ademais, conforme o inciso VI, do artigo 52, do Estatuto da Cidade, as ações ou omissões que obstaculizem a participação popular são considerados atos de improbidade administrativa[293].

Outrossim, os artigos 43 a 45, do Estatuto, criaram ao prescreverem o regramento geral da gestão democrática da cidade, criam diversas instâncias e instrumentos de participação popular, entre os quais está a gestão orçamentária participativa. Neste mesmo sentido, conforme o §3º, do artigo 4º, os instrumentos prescritos no Estatuto que criem despesas aos Municípios se sujeitarão ao "controle social", mediante a participação e fiscalização dos indivíduos e das entidades da sociedade civil organizada. Assim, objetiva-se garantir aos indivíduos meios de influenciar a criação e a fiscalização das leis orçamentárias para garantir que a distribuição de receitas públicas seja realizada de forma a realizar os objetivos contidos no plano diretor[294].

---

[293] FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 378; SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 135; LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 169. Para Paulo José Villela Lomar, o inciso VI, do artigo 52, do Estatuto da Cidade, não se restringe somente aos casos em que se criam óbices à participação popular durante à elaboração do plano diretor. Para ele, configura-se como caso de improbidade administrativa o descumprimento das regras contidas no §4º, do artigo 40, do Estatuto, e este parágrafo explicitamente prescreve que a participação não se restringirá à elaboração do citado documento de urbanismo, mas, aplicar-se-á, também, à "fiscalização de sua implementação". Assim, pode-se afirmar que a participação popular e o controle social são indispensáveis à elaboração dos textos jurídico-normativos e às ações que objetivem operacionalizar os planos diretores municipais. (LOMAR, Paulo José Villela. *Op. cit.*, p. 253-254.)

[294] "O tema da gestão orçamentária participativa, disposta na alínea *f*, do inciso III, do art. 4, por sua vez, remete a reflexão do Estatuto para as condições e possibilidades da sociedade civil organizada participar de forma mais efetiva das discussões, projetos, execução e fiscalização das ações de gestão dos interesses públicos da comunidade, destacando aqui os problemas ou temas urbanísticos locais". A partir desta reflexão, Rogério Gesta Leal afirma que o Poder Legislativo municipal não pode analisar e/ou aprovar as leis orçamentárias sem que elas sejam precedidas da fase participativa, pois, esta é uma formalidade essencial à validade do procedimento legislativo. (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 106.)

A elaboração e execução dos planos e ações de regularização fundiária[295] e dos planos de operações urbanas consorciadas também serão desenvolvidos de forma a garantir a participação popular. Ambos os instrumentos exigem a criação de planos específicos, cuja elaboração dependerá de participação das populações atingidas[296] e cuja realização poderá depender de alterações dos planos diretores e das leis de zoneamento e uso e ocupação do solo[297]. No que concerne aos planos das operações urbanas consorciadas, o inciso VII, do artigo 33, do Estatuto, prescreve que eles preverão "forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil"[298].

---

[295] Este é o caso da regularização das ocupações dos terrenos de marinha, cuja demarcação se desenvolverá de forma participativa para angariar dados que orientarão os trabalhos de regularização e fornecerão informações aos atingidos pelas intervenções. Neste sentido, o artigo 11, do Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946, conforme a redação conferida pela Lei n. 13.139, de 26 de junho de 2015, prescreve: "Art. 11 – Antes de dar início aos trabalhos demarcatórios e com o objetivo de contribuir para sua efetivação, a Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão realizará audiência pública, preferencialmente, na Câmara de Vereadores do Município ou dos Municípios onde estiver situado o trecho a ser demarcado. §1º – Na audiência pública, além de colher plantas, documentos e outros elementos relativos aos terrenos compreendidos no trecho a ser demarcado, a Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apresentará à população interessada informações e esclarecimentos sobre o procedimento demarcatório. §2º – A Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fará o convite para a audiência pública, por meio de publicação em jornal de grande circulação nos Municípios abrangidos pelo trecho a ser demarcado e no Diário Oficial da União, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da data de sua realização. §3º – A Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão notificará o Município para que apresente os documentos e plantas que possuir relativos ao trecho a ser demarcado, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da data da realização da audiência pública a que se refere o *caput*. §4º – Serão realizadas pelo menos 2 (duas) audiências públicas em cada Município situado no trecho a ser demarcado cuja população seja superior a 100.000 (cem mil) habitantes, de acordo com o último censo oficial".

[296] Assim, a participação popular objetiva ouvir as populações diretamente atingidas e fornecer informações e propostas de soluções que ultrapassem aquelas originalmente concebidas pelos atores públicos e pelos atores privados do mercado imobiliário formal. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento...*, p. 163-164; MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. *Op. cit.*, p. 239; PINHO, Evangelina; BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. *Op. cit.*, p. 225; LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 178.)

[297] Outrossim, na maior parte das vezes, as zonas de especial interesse social dependerão da realização de Estudos de Impacto de Vizinhança, o que, em relação às operações urbanas consorciadas é expressamente exigido pelo inciso V, do artigo 33, do Estatuto da Cidade.

[298] "A definição de *operação urbana* adota a participação dos proprietários, moradores, usuário permanentes e investidores privados sob a coordenação do Poder Público Municipal como elemento fundamental da aplicação do instrumento. Não restringe a participação apenas aos proprietários de imóveis situados na área da operação, nem somente aos moradores, mas inclui usuários permanentes (por exemplo, os que nela trabalham) e investidores privados – o que não exclui a participação dos demais habitantes e usuários da cidade, pois uma das diretrizes fundamentais do Estatuto da Cidade é a gestão democrática da cidade.
Paralelamente ao objetivo imediato de assegurar a efetiva implantação da operação urbana consorciada mediante a compatibilização dos interesses e necessidades dos diferentes atores públicos e privados interessados na concretização do plano respectivo, a participação começa pelo dever do Poder Público Municipal de permitir e facilitar o acesso às informações, estudos, planos, programas, projetos e outros documentos pertinentes a quem quer tenha interesse em seu conhecimento, em cumprimento ao direito fundamental assegurado no inciso XXXIII, do art. 5º da Constituição Federal [direito à informação].
Em seguida, o Poder Público Municipal, sem se despir do exercício e das responsabilidades de sua condição de autoridade pública, deverá promover e coordenar reuniões informativas com os diferentes grupos sociais auscultando suas críticas, indagações, sugestões e anseios e incorporando no plano aquelas que considere compatíveis com os objetivos do plano proposto. Com esta finalidade, segundo o art. 43 do Estatuto da Cidade, poderão ser realizadas audiências públicas, pesquisas de opinião, debates, consultas públicas, reuniões e assembleias plenárias, dentre outros meios existentes ou a serem criados. Não se pode obrigar ninguém a

Assim, no Brasil, a participação popular durante o discurso de justificação dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico confere aos indivíduos o poder de definir, direta ou indiretamente, a função social da propriedade privada e pública. Isto é, eles influenciarão na conformação das prerrogativas dos proprietários públicos e na determinação da função social dos bens públicos.

Porém, a extensão do poder conferido aos indivíduos pela participação popular variará conforme três critérios. São eles: o caráter vinculante das deliberações, o número de participantes[299] e a carga operacional dos documentos locais de urbanismo.

Se os agentes públicos responsáveis pela elaboração e aprovação dos planos não puderem se afastar das decisões tomadas coletivamente, estar-se-á diante da hipótese de que os indivíduos definem diretamente o conteúdo jurídico da função social da propriedade pública. Por sua vez, se a participação dos indivíduos tiver um caráter meramente consultivo, eles somente poderão influenciar o conteúdo normativo da função social.

Contudo, em relação à última hipótese mencionada, deve-se recordar que as manifestações exaradas pelos indivíduos devem ser consideradas no processo decisório, o que transfere aos tomadores de decisão o ônus argumentativo de afastarem-nas. O descumprimento deste ônus denota que a decisão tomada apresenta um desvio de finalidade ou vícios quanto ao motivo ou quanto à sua exteriorização e poderá ser questionada em âmbito administrativo ou judicial, segundo as especificidades e as possibilidades abertas pelo sistema jurídico.

Estes argumentos se relacionam, portanto, ao segundo critério. Quanto maior o número de participantes que convirjam sobre a destinação a ser atribuída a um determinado bem público, mais difícil será aos tomadores de decisões não adotarem o resultado obtido por meio da participação popular, ainda, que esta tenha caráter consultivo[300]. Por um lado, os

---

participar, mas o Poder Público não pode deixar de oferecer as oportunidades de participação, procedendo a ampla divulgação de seus estudos e planos.
Esta exigência decorre, por um lado, do fato de a Constituição Brasileira ter instituído a democracia representativa e participativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Paralelamente, o texto constitucional determinou, no inciso XII do art. 29, que o Município assegure a cooperação das associações representativas dos diferentes grupos sociais no planejamento municipal". (itálico no original) (LOMAR, Paulo José Villela. *Op. cit.*, p. 253.)

[299] Conforme Rogério Gesta Leal, este aspecto é importante, pois, "a sociedade civil no Brasil não tem conseguido um grau de articulação e mobilidade capaz de sustentar um discurso de pressão, controle e reivindicação eficaz em face das autoridades competentes para os temas ora versados neste trabalho [isto é, o Direito Urbanístico]". (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 224. No mesmo sentido: MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. *Op. cit.*, p. 225 e 237-239.)

[300] "Neste contexto faz-se necessário incorporar a noção de que o conflito é constitutivo do exercício democrático. Da abertura do planejamento à participação da sociedade deve seguir uma simplificação dos procedimentos administrativos e o combate ao segredo burocrático, por meio da transparência e da publicização, criando-se espaços institucionais para a gestão pública com mecanismos regulatórios que permitam as práticas da negociação.

tomadores de decisão deverão arcar com os efeitos políticos da não adoção, por exemplo, se eles forem ocupantes de cargos eletivos, correrão o risco de não serem novamente eleitos. Por outro lado, a convergência da opinião dos participantes fornece fortes indícios de qual é a real demanda social relacionada àquele bem e ao não agir em conformidade a esta demanda, os decisores podem estar se afastando da realização do direito à cidade[301].

Enfim o último critério se relaciona ao caráter operacional dos planos e documentos locais de urbanismo. Quanto maior o caráter operacional, mais densas serão as determinações dos planos, pois eles prescreverão as intervenções públicas que deverão ser realizadas e a localização mais ou menos precisa de onde se instalarão equipamentos, infraestruturas e serviços públicos[302]. Ao determinarem estes aspectos, estes documentos definem, diretamente, a função social dos bens públicos urbanos localizados nas áreas de intervenção. Assim, como os documentos locais de urbanismo são produzidos por meio da participação popular, tem-se que o aumento do seu caráter operacional, amplia, também, o poder de os indivíduos determinarem a função social dos bens públicos urbanos.

Este último critério indica que a democratização da gestão do patrimônio público não se restringe ao discurso de justificação, mas, alcança também o discurso de aplicação. Isto é, a participação popular também pode impactar o momento em que os Entes Públicos atribuem uma afetação concreta a um determinado bem público urbano.

Desencadear ações, implementar programas, aplicar novos instrumentos promoverão este modelo de gestão urbana, transparente, democrático e forte, com um perfil protagonista e regulador para o Estado capaz de formular centralmente suas estratégias em políticas públicas, negociá-las com as forças sociais existentes na cidade, e implementá-las segundo as características e prioridades de cada região e as aspirações e demandas da sua população". (MENEGASSI, Jacqueline; OSÓRIO, Letícia Marques. *Op. cit*., p. 235-236, 250 e 251.)
Ao analisarem a participação popular na elaboração e controle dos planos das operações urbanas consorciadas, Ermínia Maricato e João Sette Whitaker reconheceram que ela se insere no âmbito da "gestão democrática da cidade". Todavia, segundo os autores, a efetividade do instrumento e o seu poder transformador dependem da "correlação local de forças", visto que o Estatuto da Cidade "remete, de fato, a resolução dos conflitos relativos à questão fundiária e imobiliária à esfera municipal". É neste sentido que o maior número de participantes e a convergência de opiniões sobre um determinado aspecto – a afetação concreta a ser atribuída a um bem público – apresentam-se como elementos importantes à questão. (MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. *Op. cit.*, p. 228. Para maiores informações sobre o caráter constitutivo do conflito no regime democrático: LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*)

[301] Obviamente isto não ocorrerá quando a demanda social apurada por meio da participação significar mácula aos direitos fundamentais de outros indivíduos ou grupos.

[302] Outras medidas que podem ser definidas durante o processo de elaboração dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico, notadamente dos planos diretores, se relacionam à necessidade de se preservarem bens considerados de relevante interesse histórico, arqueológico etc e que não pertençam ao Município. Neste caso, as regras contidas nestes documentos de urbanismo poderão indicar a necessidade de se realizar o tombamento destes imóveis o que pode ser cumulado com outros instrumentos que objetivam preservá-los, como é o caso do direito de preempção e da transferência do direito de construir. Independentemente dos instrumentos, esta ilustração denota que os textos jurídico-normativos citados também são aplicáveis aos bens que já se sujeitem ou que se sujeitarão a vínculos de especial sujeição.

Esta afirmação pode ser ilustrada pelos artigos 36 a 38, do Estatuto da Cidade. Eles conferem aos Municípios a competência de definirem quando as licenças de edificação, ampliação ou funcionamento de obras ou atividades públicas deverão ser precedidas de Estudos de Impacto de Vizinhança[303]. Por meio deste, mensurar-se-ão os impactos positivos e negativos destas obras e/ou atividades sobre a "qualidade de vida" das pessoas que residem na área ou nas suas proximidades e se proporão meios de potencializar os efeitos positivos e de se compensar, evitar ou reduzir os negativos[304].

Estas descrições permitem perceber alguns dos principais elementos que configuram o Estudo de Impacto de Vizinhança. No que concerne ao seu escopo específico, o instrumento não objetiva legalizar intervenções e atividades vedadas pelas leis urbanísticas

[303] "Como se viu, o exercício inadequado do direito de construir, por exemplo, tanto por parte da Administração, quanto por parte do particular, pode significar danos múltiplos à vizinhança, agredindo e obstaculizando, no mesmo viés, as funções sociais da cidade. Uma nova edificação, principalmente se for de grande monta, deve estar inserida em local que ofereça toda a infraestrutura necessária à sua construção e o que é mais importante, posterior manutenção sem prejuízos à convivência e existência social digna. Caso assim não se proceda, tomar-se-á caminho deveras danoso ao adequado desenvolvimento urbano de uma cidade, a qual verá um significativo acréscimo de unidade habitacionais, em contrapartida a um não proporcional crescimento das ofertas de infraestruturas básicas, de acordo com as primordiais funções sociais da cidade.
Em outra face e sob o prisma diverso, mas na mesma linha assecuratória de direitos assumida, o habitante de qualquer cidade, ou região, ou, ainda, bairro, passa a ter reforçado, com o Estatuto, o seu direito de exigir uma melhor qualidade de vida, espelhada em, primeiramente, uma mais habitável e gozável vizinhança e, em segundo, mas imediato momento, em uma melhor cidade, vale dizer, mais condizente com suas patentes funções sociais. E, à qualidade de vida a que se fez menção, converge um emaranhado de fatores, dentre os quais, um transporte púbico eficiente e devidamente espalhado pela cidade, de forma a abraça-la de maneira proporcional e não excludente; um menor adensamento populacional, o qual contribuiria para uma melhoria geral da infraestrutura urbana, diminuindo-se a sobrecarga sobre determinadas regiões da cidade; uma poluição reduzida, representando um menor índice de doenças respiratórias e uma maior expectativa de vida etc". (BONIZZATO, Luigi. *Op. cit.*, p. 174.-175.)

[304] O Estatuto da Cidade é silente no que concerne à proposição destas medidas, porém, para a doutrina, isto não impede que as leis municipais as exijam, o que têm diversos fundamentos. Inicialmente, o Estudo de Impacto de Vizinhança tem sua origem nos Estudos de Impacto Ambiental e estes exigem que sejam previstas medidas compensatórias, compatibilizadoras e mitigadoras.
Ademais, em razão da sua autonomia e do sistema brasileiro de distribuição de competências, os Municípios têm a prerrogativa de criarem tais exigências. Neste sentido, o artigo 30, da Constituição, prescreve que eles são competentes para "legislar sobre assuntos de interesse local", "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" e para "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".
Outrossim, as citadas medidas encontram fundamento nos princípios que sustentam o Direito Urbanístico brasileiro, entre os quais, tem-se a distribuição dos ônus e benefícios da urbanização e a recuperação do mais valor urbano. Além disso, em uma perspectiva teleológica, o Estudo de Impacto de Vizinhança teria pouca utilidade prática, caso se resumisse ao diagnóstico dos aspectos positivos e negativos e não previsse meios de potencializar os primeiros e restringir, compensar ou evitar os últimos. (ALBANO, Maria Tereza Fortini. Plano diretor e impacto de vizinhança: algumas ideias encaminhadas pela prefeitura de Porto Alegre. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 253 e 255; OLIVEIRA, Cláudia Alves de. Estudo de impacto de vizinhança: um aspecto da função social da propriedade urbana. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da. (Org.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2009. p. 310-311.)

locais. Ao contrário, ele se dirige a maximizar os efeitos benéficos e corrigir os efeitos negativos decorrentes destas ações públicas[305].

Outro elemento importante é a inserção do Estudo de Impacto de Vizinhança como uma fase do procedimento de outorga de licenças urbanísticas no que concerne aos empreendimentos e/ou às atividades enumeradas na mencionada lei municipal[306]. Assim, a realização do Estudo exige a definição da área impactada, o diagnóstico e a mensuração dos efeitos positivos e negativos[307] e, enfim, a proposição das medidas que deverão ser cumpridas para que as intervenções e atividades possam ser realizadas[308]. Neste sentido, o Estudo de Impacto de Vizinhança deverá prever, ainda, outros aspectos, tais como: o cronograma de execução das medidas, a previsão do seu custo etc.

O terceiro elemento relevante que deve ser citado se refere à participação popular. Conforme o inciso XIII, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, a população residente na área impactada deve ter a oportunidade de se manifestar sobre o Estudo de Impacto de Vizinhança.

Como se depreende do elemento anterior, este direito de manifestação se inicia na fase de diagnóstico e de indicação das medidas que potencializarão os aspectos positivos e corrigirão os negativos. Afinal, a elaboração do diagnóstico e a definição das medidas dependem das informações coletadas junto à citada população.

Os indivíduos têm, ainda, as prerrogativas de avaliarem o resultado do Estudo, opinar sobre a instalação e/ou ampliação do empreendimento ou atividade pública e indicar as medidas do Estudo que devem ser realizadas e quais serão reprovadas. Ademais, eles têm o direito de controlar e fiscalizar a execução das intervenções e das medidas que as condicionam.

---

[305] Neste sentido, o Estudo de Impacto de Vizinhança realizado em razão de empreendimentos federais e estaduais permite apurar quais serão os verdadeiros benefícios e ônus decorrentes da citada intervenção sobre o Município. Afinal, os resultados do Estudo indicarão que haverá um aumento na arrecadação municipal e no crescimento econômico local, mas, ao mesmo tempo, eles também permitirão mensurar o "passivo social e ambiental" que esta intervenção produzirá. Assim, estas "perdas" ou efeitos negativos que, até então, seriam suportados somente pelo Município, podem ser repartidos também com o Ente Público responsável pelo empreendimento e com a população beneficiada. (SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Regime jurídico dos bens da União*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2011. (Série pensando o direito: 39.). p. 56. Em sentido semelhante: MENEGASSI, Jacqueline; OSÓRIO, Letícia Marques. *Op. cit.*, p. 240.)

[306] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Op. cit.*, p. 99-100.

[307] Estes efeitos serão medidos, por exemplo, pelo potencial de gentrificação, atração e/ou esvaziamento populacional da área, pela necessidade de ampliar as redes de infraestruturas, equipamentos e serviços públicos ou a possibilidade de as redes instaladas ficarem ociosas, etc.

[308] FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 130-131. Entre estas medidas também podem-se inserir, por exemplo, a preservação de bens considerados de relevante interesse histórico, arqueológico etc e que não pertençam ao Município. Assim, as medidas para potencializar os efeitos positivos e para corrigir os negativos também podem alcançar bens que já se sujeitem a vínculos de especial sujeição ou podem determinar a criação destes vínculos, o que denota que elas podem abranger todos os bens que compõem o patrimônio público municipal.

Similarmente ao que ocorre no discurso de justificação, o caráter vinculante das decisões tomadas pelos participantes do Estudo de Impacto de Vizinhança também dependerá do número de participantes e do caráter vinculante de suas manifestações. Isto é, por um lado, quanto maior o número de indivíduos que manifestarem opiniões convergentes acerca de uma determinada medida, da forma e do prazo para a sua realização, maior a chance destes elementos serem eleitos, de fato, como aqueles que devem ser realizados.

Por outro lado, cada lei municipal pode atribuir consequências distintas aos resultados das audiências públicas realizadas com as populações atingidas. Em alguns Municípios, os resultados destas audiências terão um caráter deliberativo e vinculante, o que, porém, não afasta o dever de se explicitarem os motivos fáticos e jurídicos que levaram à reprovação das demais manifestações. Porém, na maior parte dos Municípios, os resultados terão um caráter consultivo que, embora não vincule os Entes Públicos, atribuir-lhes-á o ônus argumentativo de justificar de forma clara e convincente os motivos que os levaram a rejeitar os resultados da audiência pública.

Portanto, ainda que indiretamente, o Estudo de Impacto de Vizinhança é um instrumento de democratização da gestão do patrimônio público, pois permite que os indivíduos influenciem a afetação conferida aos bens que o integram[309]. Afinal, as medidas corretivas dos efeitos negativos e as que potencializarão os efeitos positivos são decididas a partir da participação popular. Ademais, estas medidas têm a natureza jurídica de encargos, pois, as licenças urbanísticas necessárias à realização concreta da afetação atribuída ao bem somente serão outorgadas se o Ente Público realizar as intervenções que decorrem das citadas medidas.

[309] Neste sentido, o Estudo de Impacto de Vizinhança se insere no âmbito da democratização da gestão urbana, pois, este legitima que um "extenso campo de interessados" atue diretamente na defesa da ordem urbanística, o que abarca a defesa e a participação dos indivíduos na gestão do patrimônio público. (ROCCO, Rogério. *Estudo de impacto de vizinhança*: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 134 e 137; ALBANO, Maria Tereza Fortini. *Op. cit.*, p. 259; BUENO, Cássio Scarpinella. Ação civil pública e Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 405-406; MENEGASSI, Jacqueline; OSÓRIO, Letícia Marques. *Op. cit.*, p. 240, 245 e 249; FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 384.)

2.3.2 A função social da propriedade pública urbana como definidora da discricionariedade administrativa na gestão dos bens públicos urbanos

O reconhecimento da função social urbanística como uma densificação do interesse público alça-a ao centro do regime da propriedade pública urbana. Esta centralidade permite perceber as complexas imbricações entre a conformação das prerrogativas proprietárias públicas, a destinação dos bens públicos urbanos e o direito à cidade.

Os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico elaborados de forma participativa criam uma moldura das diversas destinações que podem ser atribuídas a todos os imóveis localizados em cada uma das zonas em que se divide o território. Esta moldura contribui para conformar as prerrogativas proprietárias de todos os Entes Públicos, entre as quais está o poder de definir a afetação concreta que se atribuirá a cada um dos bens públicos urbanos. Assim, a partir da afetação, o proprietário público e/ou o titular de uso privativo de bens públicos urbanos deverão exercer suas prerrogativas de forma a realizar faticamente esta afetação e, portanto, permitir que os direitos fundamentais de impacto ou expressão territorial se tornem efetivos.

Portanto, percebe-se que estas complexas interligações lançam luzes sobre diversas questões relacionadas à gestão dos bens públicos urbanos, tais como, a aquisição, a alienação, a conservação e o seu uso/fruição. Afinal, a função social da propriedade pública não conforma somente *in abstracto* estas prerrogativas, mas impõe o dever de que, *in concreto*, elas sejam exercidas em consonância ao citado princípio. Isto significa que a função social da propriedade pública modifica a forma como se tem compreendido e exercido as competências discricionárias inerentes à gestão dos bens públicos urbanos brasileiros[310].

---

[310] Segundo o relatório final da pesquisa coordenada por Nelson Saule Júnior e Daniela Campos Libório Di Sarno, a gestão dos bens públicos – notadamente dos bens federais – se marca por um elevado "grau de discricionariedade", desprovido de critérios seguros que orientem o processo decisório. Assim, para os pesquisadores, deve-se buscar no sistema jurídico elementos que restrinjam "as possibilidades de escolha do administrador público", padronizem os diversos procedimentos administrativos e os obriguem a respeitarem os diversos textos jurídico-normativos que incidem sobre estes bens. (SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Op. cit.*, p. 56 e 60.)
Assim, os argumentos a seguir objetivam responder a algumas das indagações apresentadas pelo mencionado grupo de pesquisa. Isto é, as considerações a seguir objetivam demonstrar que a função social da propriedade pública urbana fornece alguns dos elementos aptos a orientar a gestão dos bens públicos urbanos, notadamente o exercício das competências discricionárias que caracterizam esta função administrativa.

Em regra, no Brasil, a gestão dos bens públicos desconsidera os impactos decorrentes de sua funcionalização e a complexidade que é inerente aos citados bens. Esta forma simplista de abordagem do problema pode ser ilustrada pelos diversos diagnósticos acerca dos bens públicos, os quais, utilizam duas metodologias distintas e que, obviamente, produzem resultados antagônicos. A primeira metodologia enfatiza o aspecto quantitativo e conclui que os Entes Públicos são titulares de muitos imóveis urbanos e conclui que os bens que não são empregados em atividades públicas típicas – segundo a noção liberal ou neoliberal – devem ser alienados. A segunda privilegia os aspectos qualitativos – por exemplo, a necessidade de imóveis para realizar políticas públicas – e chega ao resultado de que os Entes Públicos não são proprietários de imóveis suficientes para atender estas necessidades, o que exige que eles adquiram mais bens.

Em ambos os casos, não se percebe que a titularidade dos bens públicos se caracteriza por uma "estrutura de escassez"[311], segundo a qual, a suficiência ou a insuficiência de bens são impressões complementares e não-excludentes. Isto é, apesar de existirem muitos bens públicos, parte deles tem destinações legais e constitucionais que impedem que os Entes Públicos possam emprega-los em outras finalidades, como, por exemplo, as "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" e os bens públicos ocupados pelos "remanescentes das comunidades dos quilombos". Ao mesmo tempo, a escassez de bens públicos decorre da carência de ações adequadas para identificar estes bens e da prática de não se atribuírem afetações concretas aos bens já identificados.

Ademais, a aparência de insuficiência pode decorrer da omissão dos Entes Públicos ou da inadequação dos bens para receberem determinadas afetações. Por exemplo, os Entes Públicos são proprietários de bens que possuem dimensões inapropriadas ou que se situam em locais impróprios para que lhes sejam atribuídas as afetações necessárias.

Dessa forma, a "estrutura de escassez" indica que os gestores públicos devem examinar cada caso concreto em suas diversas dimensões e pautar suas ações e decisões em análises que extrapolem a mera produção de efeitos jurídicos intrassistêmicos. Eles devem considerar, também, os impactos financeiros – presentes e futuros – de suas ações e decisões e o potencial delas gerarem alteração da realidade consonantes à efetividade do direito à cidade.

Assim, a função social da propriedade pública exige que o Ente Público agregue à gestão dos bens públicos urbanos outros elementos que extrapolam a eficácia jurídica. Ele deve analisar elementos relacionados à eficiência econômica, à efetividade e à satisfação das

[311] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 62-63.

necessidades e expectativas legítimas daqueles que se beneficiarão dos bens públicos urbanos e das atividades neles realizadas.

Uma vez que a gestão dos bens públicos urbanos é uma atividade complexa, tem-se que ela não pode ser realizada somente a partir de parâmetros, elementos e conhecimentos produzidos pelo Direito Administrativo e pelo Direito Urbanístico. Ela exige que se agreguem contribuições de outras Ciências e de outros ramos do Direito, como é o caso, por exemplo, dos princípios da prevenção – aplicável aos casos de riscos conhecidos e previsíveis – e da precaução – aplicável aos casos de riscos desconhecidos e imprevisíveis. Conforme Juarez Freitas, ambos os princípios nasceram no âmbito do Direito Ambiental e das Ciências afetas à questão ambiental, mas, atualmente, eles devem ser incorporados na elaboração e execução das políticas e ações públicas relacionadas à gestão dos bens públicos urbanos[312].

Além disso, as diversas variáveis envolvidas na gestão dos bens públicos exigem a racionalização das ações dos Entes Públicos e a substituição das medidas imediatistas e irrefletidas pelo planejamento espacial como técnica orientadora do processo decisório. Esta mudança se mostra evidente em razão do Texto Constitucional e do Estatuto da Cidade, apesar de os Entes Federados insistirem em se omitir no que concerne à criação de seus respectivos planos territoriais, o que apresenta inúmeras consequências práticas.

Por exemplo, como no Brasil, a União e os Estados-membros não criaram os seus planos territoriais, os Municípios se tornaram os principais atores públicos responsáveis pela ordenação territorial – o que é realizado por meio dos seus textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico. Sem os citados planos, é impossível exigir que os Municípios articulem os seus textos jurídico-normativos às diretrizes da ordenação territorial federal e estadual, pois estas não existem ou são imprecisas. Assim, os textos jurídico-normativos locais configuram as prerrogativas proprietárias de todos Entes Públicos no que concerne aos bens urbanos, sem que a União e os Estados federados omissos possam influenciar o conteúdo deles. Consequentemente, a citada omissão contribui para perpetuar alguns dos elementos disfuncionais que caracterizam a esfera pública brasileira, como as práticas clientelistas e as práticas de gestão exercidas em frontal contrariedade aos textos jurídico-normativos locais[313].

Portanto, a função social da propriedade pública urbana denota que as decisões e as ações inerentes à gestão dos bens públicos urbanos não se caracterizam como competências discricionárias comuns, mas como competências discricionárias técnicas. Nestas, a avaliação

---

[312] FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 23, 101-103; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 137 e 140-141.

[313] FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 385.

de conveniência e de oportunidade devem ser analisadas com critérios técnicos fornecidos por Ciências extrajurídicas especializadas nas diversas áreas relacionadas à gestão urbana e à gestão dos bens públicos urbanos.

Isto significa que os Entes Públicos devem examinar a necessidade de se realizarem cada uma das operações que se inserem na gestão dos bens públicos urbanos ou que possam impactá-la. Eles devem prever, de forma clara, as finalidades que pretendem alcançar, investigar os aspectos fáticos, a possibilidade dos instrumentos empregados realizarem os objetivos pretendidos e a existência de meios alternativos que permitam atingir estes escopos. Ademais, eles devem examinar os custos envolvidos e o tempo que cada uma das alternativas acima exigirá para realizar-se[314].

Além disso, todos os elementos analisados deverão ser devidamente explicitados, uma vez que eles são as razões fáticas, jurídicas e técnicas que justificam a realização das citadas operações. Assim, estas razões e o seu encadeamento se apresentam como os motivos que determinam cada decisão e que permitirão verificar a estreita consonância entre as citadas decisões e ações à função social da propriedade pública urbana[315].

Embora estas consequências da função social da propriedade pública urbana já tenham sido expostas de forma difusa, neste momento, é preciso recuperá-las e sistematiza-las. Assim, demonstrar-se-á, mais uma vez, como a função social é o cerne do regime jurídico dos bens públicos urbanos, o que permitirá perceber que ela confere unidade aos diversos instrumentos, prerrogativas e ações que compõem a noção de gestão dos bens públicos urbanos.

Portanto, inicialmente, analisar-se-ão os impactos da função social sobre a prerrogativa de aquisição dos bens públicos urbanos. Em seguida, examinar-se-ão os efeitos sobre as prerrogativas proprietárias públicas ligadas ao *ius abutendi*, o que abarca a alienação dos bens públicos urbanos e a demolição dos prédios públicos. Finalmente, apresentar-se-ão os impactos sobre a conformação das demais prerrogativa proprietárias públicas, com ênfase no *ius utendi*. Inserto neste último elemento estão os impactos na conformação da discricionariedade administrativa relacionada à instalação e à distribuição espacial dos bens públicos urbanos e das redes de serviços, infraestruturas e equipamentos públicos.

---

[314] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 137.
[315] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 357.

2.3.2.1 A conformação da prerrogativa de aquisição de bens públicos urbanos

No que concerne às hipóteses e aos instrumentos de aquisição, o Estatuto da Cidade prescreveu novas possibilidades e mecanismos de aquisição de bens pelos Municípios, elevados pela Constituição a principais atores públicos do Direito Urbanístico brasileiro. Contudo, estes Entes Federados não têm total liberdade para aplicar os citados instrumentos.

Em alguns casos, devido ao aumento da carga operacional dos planos diretores, eles prescreverão que o Município deverá desapropriar bens situados em determinadas partes da zona urbana[316]. Ademais, o Estatuto da Cidade prescreveu que alguns dos instrumentos de aquisição de bens pelos Municípios somente podem ser aplicados em zonas pré-definidas pelo plano diretor ou pelas leis que dele decorrem – como é o caso do direito de preempção. Apesar de outros instrumentos poderem ser empregados em todo o território urbano, eles somente se aplicarão em situações específicas, como ilustram os bens particulares de relevante interesse histórico que poderão ser adquiridos por meio da transferência do direito de construir.

Porém, os impactos dos planos diretores e demais leis urbanísticas locais não se restringem aos instrumentos criados pelo Estatuto da Cidade ou aos casos de aquisição de bens pelos Municípios. Afinal, a afetação urbanística atribuída a cada zona do território determina, ainda, os casos de aplicação dos instrumentos de aquisição que necessitam da manifestação volitiva da pessoa jurídica de direito público. Esta afirmação pode ser ilustrada pelos instrumentos de Direito Privado, pela desapropriação por necessidade ou utilidade pública e pela desapropriação por interesse social.

Neste sentido, por exemplo, imagine-se que as leis de um Município classifiquem uma determinada zona como industrial. Neste caso, o Município não poderá desapropriar ou adquirir bens para finalidades incompatíveis a esta destinação, como, por exemplo, para fins residenciais[317]. Assim, o Município está impedido de promover desapropriações por interesse social de imóveis localizados nesta zona para, por exemplo, nos termos do inciso V, do artigo 2º, da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, destiná-los à construção de casas populares[318].

Entretanto, os textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico de um Município não incidem somente sobre os bens deste Ente Público, mas, eles também se aplicam aos

[316] PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 91, 229 e 271.
[317] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 235-236.
[318] O inciso V, do artigo 2º, da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, prescreve: "Art. 2º – Considera-se de interesse social: (...) V – a construção de casa populares".

imóveis urbanos federais e estaduais situados no território municipal[319]. Isto é, as hipóteses de aplicação dos instrumentos de aquisição que exijam a manifestação volitiva da União e dos Estados-membros também serão determinadas pelos planos diretores e pelas demais leis urbanísticas municipais. Afinal, estes instrumentos se destinam à realização de finalidades específicas que vinculam os bens adquiridos e que devem estar em consonância com a destinação urbanística da zona onde eles se localizam. Esta necessidade de concordância atinge até mesmo os casos em que a ocorrência de fato superveniente exija que se altere a destinação que levou à aquisição do bem, pois, esta deverá ser consonante à destinação da zona[320].

Porém, os impactos da função social urbanística não se esgotam nos casos acima mencionados. Ela também impõe aos Entes Públicos o dever de analisar se a aquisição é, de fato, necessária, o que será avaliado por meio de parâmetros fornecidos pela própria função social da propriedade pública urbana.

A título exemplificativo, podem-se mencionar sete parâmetros. O primeiro norteará todo o processo decisório, pois, ele fornece critérios que permitirão selecionar os parâmetros seguintes, enquanto os demais se caracterizarão como alternativos, isto é, somente se aplicará o parâmetro posterior se aquele que o precedeu for afastado[321].

O primeiro parâmetro é a clara definição da necessidade que deverá ser satisfeita e as características físicas que o imóvel deverá possuir para atender a esta demanda. Isto exige que se determine, por exemplo, a atividade que será realizada no imóvel, as dimensões físicas que este imóvel deverá ter, a localização mais apropriada para que as atividades públicas realizadas no bem atendam à demanda social que deverá ser satisfeita[322].

---

[319] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 10; MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 151; SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Op. cit.*, p. 21.

[320] Neste caso, deve-se recordar que o desvio de finalidade não ocorre somente quando o Ente Público afeta o bem de sua propriedade para atingir fins privados sem lastro no direito à cidade. Também há desvio de finalidade nos casos em que o bem público é afetado a uma finalidade que, aparentemente atende ao interesse público, mas, que, de fato, contraria a lei aplicável à hipótese – no caso, os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse...*, p. 75.)

[321] Estes parâmetros encontram seus fundamentos no próprio sistema jurídico brasileiro, seja de forma explícita ou implícita. Isto significa que eles são aptos a serem considerados durante o processo decisório relativo às operações administrativas de aquisição de bens, e durante as ações de controle sobre a gestão dos bens públicos, o que abarca tanto o controle exercido pela própria Administração Pública, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e pela sociedade em geral. (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 236.)

[322] Victor Carvalho Pinto compreende que, em alguns casos, a aquisição somente será legítima se precedida de ações e decisões municipais que comprovem que a afetação concreta que será atribuída ao bem é viável. Este é o caso, por exemplo, da desapropriação para a edificação de obras públicas, que segundo o autor, devem ser antecedidas da elaboração do "Projeto Básico", nos termos do inciso IX, do artigo 6º, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Afinal, os elementos que compõem o aludido projeto não são necessários somente para a licitação de obras, mas para a aquisição/desapropriação do imóvel em que elas serão realizadas: "Não faria

O segundo parâmetro se refere ao caráter permanente ou transitório da atividade que será realizada no imóvel. Afinal, necessidades transitórias podem ser satisfeitas por meio de instrumentos menos onerosos, como, por exemplo, a locação de bens particulares ou a requisição de bens em casos de calamidade públicas.

O terceiro parâmetro se relaciona à existência de bens pertencentes ao próprio Ente Público ou pertencentes a outras pessoas jurídicas de direito público que atendem ao primeiro parâmetro, mas que não têm uma afetação concreta. Se existirem bens com estas características, o Ente Público poderá afetar um bem que lhe pertença para atender esta demanda ou poderá celebrar com o proprietário do bem público um contrato de cessão gratuita, por meio do qual o bem será afetado para atender aquela necessidade.

O quarto parâmetro se liga à possibilidade de se atribuir mais de uma afetação aos bens públicos situados naquela zona, desde que, obviamente, ele atenda aos requisitos ligados ao primeiro parâmetro. Nesta hipótese, um único prédio público poderá abarcar, por exemplo, diversos serviços públicos federais, estaduais e/ou municipais. Dentro desta lógica conferir-se-á ao mesmo bem o maior número de destinações possíveis, desde que elas sejam compatíveis entre si e com a zona em que o imóvel se situe[323].

Se nenhuma destas hipóteses se verificar, o Ente Público deverá adquirir o bem, o que exige que se analisem os diversos instrumentos de aquisição. Dessa forma, deve-se

---

sentido admitir que se fizesse uma desapropriação destinada a viabilizar uma obra que não tenha ainda sido adequadamente caracterizada". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito...*, p. 271 e 228-229.)
O inciso IX, do artigo 6º, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescreve: "Art. 6º – Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados".

[323] O terceiro e o quarto parâmetros se mostram importantes, também, diante da possibilidade de bens municipais afetados à prestação de um serviço público serem desapropriados pelos Estados-membros ou pela União ou no caso de bens pertencentes aos Estados ou ao Distrito Federal serem desapropriados pela União. Nestas hipóteses, a desapropriação imporá ao Ente Público responsável pela prestação do serviço público o dever de transferi-lo para outro edifício, próximo àquele que foi desapropriado, de forma a não prejudicar os usuários. Assim, a busca por imóveis desprovidos de uma afetação concreta ou a possibilidade de um único bem ser afetado para atender várias utilidades públicas – atribuídas a diversos Entes Públicos – afasta os riscos de paralisação dos serviços públicos que eram prestados nos citados imóveis afetados.

empregar o instrumento menos oneroso e que, ao mesmo tempo, possibilite a aquisição dentro do prazo necessário para a satisfação da aludida necessidade[324].

Assim, em consonância à alínea *b*, do inciso I, e ao §1º, ambos do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, tem-se o quinto parâmetro. Por meio dele se deve analisar se outra pessoa jurídica de direito público é proprietária de bens situados na área e que possam ser doados ao Ente Público competente para satisfazer aquela necessidade[325].

---

[324] Na avaliação destes aspectos devem-se considerar diversos elementos relacionados aos critérios financeiro e temporal. Por exemplo, devem-se analisar os custos e o tempo necessários para construir ou reformar o edifício que abrigará a citada atividade, os custos relacionados à manutenção do edifício etc.
Aparentemente, estes parâmetros também fornecem diretrizes à aquisição de bens pelas coletividades territoriais francesas, como ilustram os *Arrêts* n. 331134, nº 343069, nº 343070, nº 375161 et nº375162, todos do Conselho de Estado. Nestes casos, diversos imóveis privados situados na comuna de Levallois-Perret foram declarados de utilidade pública para a construção de habitações de interesse social. Os proprietários dos citados imóveis se opuseram à citada declaração sob o argumento de que a comuna, à época, era proprietária de diversos imóveis com condições físicas equivalentes – tamanho, localização, configuração etc – aos dos imóveis que seriam desapropriados.
O Conselho de Estado verificou que, de fato, a comuna era proprietária de bens que podiam ser destinados à construção de habitações de interesse social, sem que se recorresse à desapropriação dos imóveis particulares. Porém, no caso específico daquela operação, a existência dos bens públicos não tornava a desapropriação antijurídica.
Conforme o Conselho de Estado, alguns imóveis públicos estavam afetados a outras finalidades – como, por exemplo, à construção de áreas verdes. Outros imóveis comunais se localizavam longe da área em que a operação se realizaria. Os demais bens públicos não comportavam todo o projeto. Ademais, a realização do projeto em um lugar diverso prejudicava outros objetivos de interesse público, como, por exemplo, a "*mixité sociale résultant notamment de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains*" – isto é, a "mistura social resultante, notadamente da lei de 13 de dzembro de 2000, relativa à solidariedade e à renovação urbana".
Assim, o Conselho de Estado francês adotou critérios de análise semelhantes àqueles fornecidos pelos parâmetros acima apresentados, os quais, quando analisados face às especificidades do caso concreto, permitiram concluir que a aquisição dos imóveis particulares estava em consonância ao sistema jurídico. (FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 331134*. Parts: Commune de Levallois-Perret et M. et Mme D. Rapporteur: M. Christohe Eoche-Dual. Paris, 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016; FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 343069*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Didier Ribes. Paris, 19 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016; FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 343070*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Didier Ribes. Paris, 19 de outubros de 2012. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016; FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 375161*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Mireille Le Corre. Paris, 11 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016; FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 375162*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Didier Ribes. Paris, 08 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage= true>. Acesso em: 28 dez. 2016.)

[325] A alínea *b*, do inciso I, e o §1º, do artigo 17, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prescrevem: "Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*; (...) §1º – Os imóveis doados com base na alínea 'b' do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário".

Se não houver um bem público adequado que possa ser doado em tempo hábil, estar-se-á diante do sexto parâmetro. Ele envolve um exame comparativo entre os diversos instrumentos de aquisição e outras formas de atender à necessidade mencionada, por exemplo, mediante a locação de um bem para atender à sobredita necessidade pública.

Neste exercício comparativo, devem-se verificar além dos gastos com a aquisição ou aluguel, os custos e o tempo necessário para reformar, demolir e/ou construir o edifício adequado à atividade que será realizada no seu interior. Porém, nesta comparação, o Ente Público deverá observar que, embora em um primeiro momento, a locação se apresente menos onerosa, com o passar do tempo ela poderá se mostrar mais dispendiosa, notadamente, nos casos em que se objetiva atender uma demanda permanente. Ademais, há o risco de o contrato de locação não poder ser renovado, o que gerará novos custos ao Ente Público e poderá prejudicar a prestação do serviço ou a realização da atividade pública desenvolvida no seu interior.

Assim, realizada esta comparação e demonstrado cabalmente que a locação se mostra inadequada, estar-se-á diante do último parâmetro, por meio do qual, o Ente Público empregará os instrumentos onerosos de aquisição. Todavia, a seleção do instrumento de aquisição também não será livre, pois, a pessoa jurídica de direito público deverá adotar o instrumento que se mostre mais célere e menos dispendioso[326].

---

[326] Caso o Ente Público não avalie adequadamente este último parâmetro, o ato de aquisição poderá motivar a propositura da Ação Popular, nos termos prescritos pelo inciso V, do artigo 4º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Dessa forma, por exemplo, caso se comprove que o Ente Público pagou um preço superior àquele praticado no mercado, a operação de aquisição poderá ser anulada pelo Poder Judiciário.

Contudo, a análise dos custos decorrentes da aplicação de um determinado instrumento de aquisição não deve se restringir somente ao valor pago ao seu proprietário. Ela deve considerar todos os custos envolvidos na aplicação deste instrumento, o que impõe ao Ente Público o dever de justificar de forma detalhada a escolha de um instrumento em detrimento dos demais.

Por exemplo, embora, *a priori*, o Ente Público possa desapropriar os bens de que necessite, nem sempre a adoção deste instrumento será adequada. Segundo Ermínia Maricato, não obstante a regra acima explicitada, resultados de pesquisas empíricas sobre as desapropriações comprovam que a desorganização do sistema registral brasileiro obriga os Entes Públicos a pagarem diversas indenizações pelo mesmo bem. Ademais, conforme a autora, não são raros os casos em que as reparações se constituem em verdadeiras "superindenizações", em que se chegam a "valores dez vezes acima do preço corrente do mercado". (MARICATO, Ermínia. *O impasse...*, p. 74 e 187.)

Além disso, em regra, a desapropriação envolve custos que são desconsiderados pelos gestores públicos. Este é o caso, por exemplo, dos custos relacionados à propositura e tramitação das ações judiciais que sejam necessárias à transmissão da propriedade do imóvel. Se a soma total do valor da indenização e destes outros custos for muito elevada, o Ente Público deverá adotar outro instrumento de aquisição – por exemplo, a sua compra – desde que, obviamente, o proprietário se disponha a vendê-lo e o adquirente se disponha a pagar o preço de mercado. (HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 421-422.)

Como se vê, esta exegese não afasta a aplicação da desapropriação como instrumento para a aquisição de bens pelos Entes Públicos. Por exemplo, a desapropriação será adotada sempre que o imóvel seja necessário à realização de uma determinada atividade pública e, desde que o proprietário não se disponha a alienar o imóvel ao Ente Público pelo preço de mercado.

Vasco Rodrigues apresenta outra ilustração acerca das situações justificadoras da desapropriação: "Suponhamos, no entanto, que o Estado pretende executar um projeto, como a construção de uma estrada, que exige a aquisição de múltiplos terrenos contíguos e que a concretização do projeto é eficiente. Isto é, os benefícios proporcionados pela estrada são superiores ao valor dos terrenos para os seus proprietários. Apesar

Como se vê todos estes elementos variarão de uma situação concreta para outra. Portanto, a seleção do imóvel, da forma de aquisição e do instrumento a ser aplicado variará em conformidade às especificidades de cada caso.

Em 2010, a Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou as "Orientações para a destinação do patrimônio da União"[327], por meio das quais adotaram-se o terceiro e o quarto parâmetros e parte dos dois últimos. Embora este documento se restrinja aos bens da União, ele forneceu elementos para que os Estados federados e os Municípios adotassem diretrizes semelhantes inspirados no modelo federal. Todavia, este efeito multiplicador não se efetivou, pois, os Estados-membros, os Municípios e mesmo a União mantêm as mesmas práticas disfuncionais, imediatistas e não planejadas de gestão dos bens públicos urbanos.

Ademais, ao se examinar o documento percebe-se que ele parece ter-se orientado por uma simples lógica de redução dos custos presentes com a aquisição de bens, sem considerar os múltiplos instrumentos que possibilitam a entrada de bens na propriedade pública. Afinal, não se consideraram todos os mecanismos que possibilitam a aquisição gratuita ou onerosa destes bens e não se determinou que a locação somente será viável se, no longo prazo, ela se mostrar menos onerosa do que a aquisição.

Porém, o que denota que o documento se afastou do princípio da função social da propriedade pública urbana é o silêncio quanto à necessidade de que o bem seja adequado às

---

disso, cada um dos proprietários teria interesse em retardar a venda para, depois de o Estado ter adquirido os restantes e exigir um preço baseado no prejuízo resultante do cancelamento ou alteração do projeto, em vez de baseado no valor que de facto atribui ao terreno. Mas, se um número suficiente de proprietários se comportar desta forma, a concretização do projeto poderá ser inviabilizada, por se tornar demasiado onerosa. Neste caso, permitir que o Estado se aproprie daqueles terrenos sem o consentimento dos proprietários, isto é, permitir a expropriação, é uma forma de garantir a eficiência. Aliás, aquele comportamento poderá ter um impacto negativo na eficiência mesmo que apenas encareça a execução do projeto, não o inviabilizando. Desde logo porque, se o Estado tiver constrangimento financeiro, poderá implicar o abandono de outros projectos cuja execução fosse eficiente. Depois, porque o Estado, se não abdicar da execução doutros projectos, poderá ter que incorrer em custos adicionais para se financiar. Finalmente, porque o financiamento do Estado exigirá a cobrança de impostos adicionais e estes, em geral, geram distorções no funcionamento da Economia.
A inviabilização de um conjunto de transferências de propriedade eficientes devido à tentativa de cada um dos proprietários explorar a situação de dependência do Estado é um exemplo dos obstáculos que a existência de custos de transação coloca ao funcionamento do mercado. O argumento anterior pode, portanto, generalizar-se afirmando que quando o Estado se debata com custos de transação significativos na execução das suas aquisições, poderá ser eficiente dispensar a necessidade de consentimento dos proprietários para concretizar as transferências de propriedade. Ou seja, poderá justificar-se a possibilidade legal de expropriação". (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 74-75 e 78-79. Em sentido aproximado, mas reconhecendo a falta de consenso doutrinário sobre as formas de apurar a eficiência administrativa e exigir a sua observância: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro*..., p. 129-130.)

[327] SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Orientações para a destinação do patrimônio da União.* Disponível em: <file:///C:/Users/hp/Downloads/CARTILHA%20-%20Memo%2090%20-%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20-%20Orienta%C3%A7%C3%B5es%20para%20a%20Destina%C3%A7%C3%A3o%20do%20Patrim%C3%B4nio%20da%20Uni%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 12.

atividades que se realizarão no seu interior e à afetação urbanística da zona onde ele se situe. Assim, a principal orientação do documento é manter a prática tradicional de reduzir gastos públicos, realizando atividades públicas onde existam bens públicos ainda que eles sejam fisicamente inadequados ou se situem em locais que não necessitam destas atividades.

2.3.2.2 A conformação do *ius abutendi* pela função social da propriedade pública urbana

O *ius abutendi* se refere ao término da relação jurídica de propriedade pública. O fim desta relação jurídica pode ocorrer por meio de duas formas principais: de um lado, a demolição de um prédio público, lado outro, a alienação do bem público.

A demolição de edifícios pertencentes a qualquer pessoa jurídica de direito público deve obedecer aos procedimentos fixados pelos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. Isto é, a execução dos trabalhos de demolição deve ser precedida de outorga de licença urbanística, realizada pelos Município, após prévia análise dos órgãos municipais competentes, em termos semelhantes àqueles fixados para a demolição dos edifícios particulares.

Não obstante este seja o impacto mais evidente, os efeitos da função social da propriedade pública sobre a demolição dos prédios públicos não se esgotam na observância do prévio procedimento de outorga de licenças municipais. Na verdade, impõe-se que o proprietário público justifique a necessidade da demolição. Ele deverá demonstrar as razões que tornaram aquele edifício inadequado para atender à afetação que lhe foi atribuída e que esta inadequação não poderá ser corrigida por meio de reformas no edifício.

Ademais, o Ente Público deverá demonstrar que o prédio não poderá ser afetado para atender outras necessidades públicas que também devem ser satisfeitas naquela localidade. Afinal, se o prédio puder receber uma nova afetação, dever-se-á verificar a viabilidade de alterar a finalidade específica do prédio e, então, adquirir um novo bem para atender à destinação que, originalmente, foi atribuída ao primeiro edifício[328].

[328] Embora, *a priori* e *in abstracto*, seja possível atribuir uma nova afetação ao bem público, pode ocorrer que a destinação original que foi atribuída ao imóvel impeça a alteração de destinação. Este é o caso, por exemplo, de alguns edifícios que se destinavam aos serviços públicos de saúde ou a atividades de pesquisa, pois, nestas hipóteses, há o risco de o próprio imóvel ter-se contaminado com substâncias que coloquem em risco os novos usuários do edifício. Estes riscos somente poderão ser mensurados por profissionais especializados e, se eles existirem, o edifício deverá ser demolido, impondo-se ao proprietário público o dever de descartar os materiais de forma adequada para evitar danos ambientais ou à saúde dos indivíduos.

O proprietário público deverá, também, justificar as razões que o impedem de permutar o imóvel que será demolido por outro edifício pertencente a terceiros, evitando, assim, a demolição. Ele deverá demonstrar, ainda, se a atividade não poderia ser prestada em outro edifício público de sua propriedade ou de propriedade de outra pessoa jurídica de direito público, em consonância aos sobreditos parâmetros norteadores da aquisição de bens públicos.

Todas estas análises indicam que a demolição deve ser compreendida como uma medida excepcional, notadamente, em razão dos impactos que dela decorrem. Há os impactos sobre as atividades que são realizadas no local onde se situa o edifício e, além disso, os entulhos provenientes da demolição são materiais poluentes e que devem receber o correto tratamento por parte dos Entes Públicos. Assim, a função social impõe ao proprietário público o dever de controlar o processo de descarte destes materiais e, sempre que for possível, eles devem ser reaproveitados, em consonância aos parâmetros de sustentabilidade que compõem o interesse público urbanístico.

As hipóteses e os instrumentos de alienação de bens públicos também são conformados pela função social da propriedade pública urbana. Conforme o *caput* do artigo 17, da sobredita Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a alienação de bens públicos urbanos exige que o proprietário público explicite como a alienação contribuirá para a realização do direito à cidade. Isto é, não basta que o bem não atenda um interesse público atual[329], faz-se necessário demonstrar de que forma a alienação deste bem realizará o interesse público específico que sustenta o seu regime jurídico.

Assim, o Ente Público deve demonstrar que o interesse público urbanístico será realizado de forma adequada por meio da transferência do imóvel para outra pessoa jurídica de direito público, hipótese em que o bem se manterá público. Na hipótese de alienação do bem para indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado, o bem se tornará propriedade privada do adquirente, devendo o Ente Público comprovar que o interesse público urbanístico será adequadamente realizado mediante a apropriação privada do bem. Isto significa que, neste caso, devem-se demonstrar que os elementos que compõem a função social da propriedade privada urbana são adequados à realização do direito à cidade – o que, portanto, afasta a exigência de que o bem permaneça na titularidade do proprietário público[330].

---

[329] No caso de alienação de bens federais, o §1º, do artigo 23, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1988, prescreve que ela somente será admitida se "não houver interesse público, econômico ou social" em conservar o bem na propriedade da União e desde que a alienação não crie inconvenientes quanto "à preservação ambiental e à defesa nacional".

[330] Nestes casos, a Secretaria do Patrimônio da União fixou o entendimento de que a União não deve transferir a propriedade dos seus bens para outras pessoas jurídicas de direito público, mas, somente o direito de uso dos

As razões fáticas e jurídicas acima mencionadas devem ser expressamente justificadas na exposição de motivos do ato de desafetação. Ainda na exposição de motivos, o Ente Público deverá demonstrar que o imóvel não pode ser destinado a nenhuma outra finalidade que exija a manutenção do bem como sua propriedade. Ademais, ele deverá explicitar a razão de adotar um ou outro instrumento de alienação, afinal, alguns dos instrumentos – como a doação, acima citada – possibilitam que o bem retorne à titularidade pública no caso de extintas as razões que motivaram a alienação. Outrossim, ele deverá estipular que, no caso de o adquirente descumprir os encargos e condicionantes que justificaram a alienação, o bem retornará à propriedade do alienante público, o que lhe permitirá atribuir outa afetação ao imóvel – mesmo que isto envolva uma nova alienação do bem.

Além disso, o sobredito artigo 17 prescreve que a alienação do bem deve ser precedida de avaliação, autorização legislativa e realização de processo licitatório para a seleção da melhor proposta financeira, em se tratando de alienações onerosas[331]. No caso de alienações gratuitas, o Ente Público deve adotar procedimentos que permitam a seleção isonômica dos adquirentes – como, por exemplo, sorteios, ordens de colocação em filas de espera, vulnerabilidade social apurada por meio de estudos técnicos e critérios objetivos[332]. No entanto, estes mecanismos de seleção serão afastados em algumas hipóteses, como ilustram, por exemplo, as alienações realizadas no âmbito de ações de regularização fundiária que objetivem garantir a fixação dos indivíduos nos imóveis por eles ocupados.

Todos estes argumentos denotam que a alienação gratuita ou onerosa de bens públicos deve ser justificada conforme as especificidades de cada situação concreta. Por exemplo, as doações de bens públicos para outra pessoa jurídica de direito público se mostram como uma forma de o doador auxiliar o donatário a realizar suas atribuições. Por sua vez, as alienações onerosas se justificam em casos em que os adquirentes privados empregarão os bens

---

mesmos. Assim, deviam-se adotar títulos de uso privativo dos bens, preferencialmente a cessão de uso, com caráter gratuito, para os Estados-membros e para os Municípios. (*Ibid*., p. 7.)

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, se os indivíduos são titulares do interesse público e se este é o fundamento da propriedade pública, tem-se que a indisponibilidade do primeiro reflete sobre as possibilidades de alienação dos bens públicos. Como os proprietários públicos somente atuam "em nome de terceiros", eles somente podem se desfazer dos bens públicos se esta operação estiver em consonância ao interesse público, nos termos prescritos pelo ordenamento jurídico. Assim, no caso dos bens públicos urbanos, a alienação deve encontrar sustentação no direito à cidade, na função social da propriedade pública urbana e nos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 37.)

[331] Conforme o inciso V, do artigo 4º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, o preço da venda dos bens públicos deve ser compatível com aquele praticado no mercado. Em caso de alienação por valores inferiores, qualquer cidadão poderá propor Ação Popular, por meio da qual se requererá ao Poder Judiciário a anulação da operação.

[332] LEAL, Rogério Gesta. *Direito*..., p. 264.

para desenvolvimento de atividades produtivas, como é o caso dos lotes que se situam em distritos industriais[333].

Todavia, as alienações onerosas ou gratuitas não são a panaceia geral a ser aplicada em todos os casos, pois, as características específicas de cada caso concreto podem afastar os instrumentos que objetivem transferir a titularidade dos bens públicos. Isto significa que as orientações originais da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, e principalmente, a Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, não encontram sustentação no princípio constitucional da função social da propriedade pública.

De um lado, o primeiro texto jurídico-normativo tinha como objetivo implícito promover a alienação dos bens públicos federais ocupados, destinando-se o valor apurado com as alienações para a amortização da dívida pública federal. Lado outro, ao adotar os pressupostos teóricos de Hernando de Soto[334], o segundo texto jurídico-normativo alterou as bases da política brasileira de regularização fundiária urbana.

Entre as principais inovações introduzidas pela Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, tem-se a elevação da legitimação fundiária como principal instrumento para regularizar a situação jurídica das populações de baixa renda que ocupam imóveis públicos. Por meio deste instrumento, o Ente Público transfere, gratuitamente, a propriedade dos bens aos seus ocupantes, sem que estes imóveis estejam gravados de quaisquer encargos ou condicionantes, ainda que temporários. Ademais, o Ente Público não está obrigado a realizar nenhuma intervenção urbanística, ambiental e socioeconômica – o que indica que o instrumento contraria o atual conceito de regularização fundiária urbana.

Dessa forma, a Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, possibilitou que imóveis que estavam excluídos do comércio jurídico de direito privado – por serem bens públicos ocupados – fossem inseridos no mercado imobiliário formal. Portanto, privilegiou-se uma solução generalista e simplista que se sustenta no individualismo proprietário e na fragilização do controle público do solo. Ela desconsiderou as complexidades ínsitas à questão urbana brasileira e à "estrutura de escassez" que caracteriza a gestão da propriedade pública no Brasil. Ademais, ela contrariou as orientações da doutrina especializada sobre a matéria e as experiências angariadas em outras tentativas de desenvolvimento de ações de regularização fundiária de imóveis públicos urbanos.

---

[333] Excepciona-se, aqui, os casos em que as citadas atividades produtivas se caracterizam como pequenos empreendimentos comerciais que objetivam gerar emprego e renda e garantir a sustentabilidade econômica de áreas que se sujeitaram a ações de regularização fundiária. Nestes casos, o instrumento jurídico adequado é a autorização de uso, prescrita pelo artigo 9º, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001.

[334] DE SOTO, Hernando. *Op. cit.*

Estes estudos e experiências pretéritos[335] previnem que a transferência da titularidade de bens públicos aos seus ocupantes sujeita-os às pressões do mercado imobiliário formal e à gentrificação, o que, em última análise, pode impedir a efetividade das próprias ações de regularização fundiária. Isto porque há um elevado grau de probabilidade de que os citados beneficiários alienarão aos promotores imobiliários os imóveis regularizados por um preço inferior ao que eles realmente valem.

Em alguns casos, os valores recebidos pelos beneficiários somente permitirão que eles adquiram bens em áreas periféricas, distantes dos seus locais de trabalho e desprovidas das redes de infraestrutura, equipamentos e serviços públicos. Em outras hipóteses, estes valores não serão sequer suficientes para a aquisição de bens juridicamente regularizados, o que manterá estes indivíduos como ocupantes de outros imóveis públicos ou privados, sem que exista a possibilidade de regularizar a sua situação. Afinal, conforme o inciso II, do §1º, do artigo 23, da Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, cada indivíduo somente pode ser beneficiário da legitimação fundiária uma única vez.

Em ambas as hipóteses, estar-se-á diante da possibilidade de desagregação daquele núcleo populacional, o que se constituirá como um óbice à realização do direito à cidade. Assim, a legitimação fundiária pode ser vista como uma medida de fomento ao mercado imobiliário formal que não salvaguarda a fixação espacial dos ocupantes e, portanto, contraria a própria finalidade da regularização fundiária de bens públicos urbanos ocupados[336].

Os argumentos acima apontam que a função social da propriedade pública urbana produz efeitos sobre as demais prerrogativas proprietárias públicas e sobre outras competências discricionárias que, direta ou indiretamente, relacionam-se à gestão dos bens públicos urbanos.

---

[335] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização...*, p. 132; FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 101; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 130 e 138-141; SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 44, 52 e 128.

[336] Neste sentido, a função social da propriedade pública contraria a tendência que defende a privatização da maior parte dos bens públicos urbanos. Conforme esta tendência, com exceção dos bens públicos caracterizados pelo uso coletivo, os demais bens deveriam ser transferidos à iniciativa privada o que, como se vê, sustenta-se em uma exegese simplista da eficiência, segundo a qual a gestão particular se caracterizaria pela excelência e a gestão pública pela imperfeição. Como se viu, a manutenção da titularidade pública não afasta totalmente a técnica proprietária. Ao contrário, a propriedade pública adapta esta técnica para atender as especificidades das diversas situações fáticas e, concomitantemente, amplia o controle sobre os bens públicos, de forma a contribuir para a efetividade de ações que objetivam garantir a realização do direito à cidade.
A existência da propriedade pública urbana permite o desenvolvimento de ações de fixação espacial de populações pauperizadas que ocupam bens públicos urbanos disputados pelo mercado formal. Ao mesmo tempo, a função social da propriedade pública urbana possibilita que se selecionem os instrumentos que, adequados à cada situação fática, assegurarão o uso privativo destes bens e, até mesmo, a transferência deste uso para terceiros. (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 115 e 188; HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 445; MATEO, Ramón Martín. *Op. cit.*, p. 430; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 18, 45-46 e 454; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 43; DE SOTO, Hernando. *Op. cit.*, p. 78-79 e 154; RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 72-73; LUFT, Rosângela Marina. *Regularização...*, p. 127 e 132; SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 83-84.)

Dessa forma, evidencia-se a necessidade de se analisarem estes outros impactos, de forma a corroborar a sobredita afirmação de que o citado princípio constitucional ocupa a centralidade do regime jurídico dos bens públicos urbanos. Este será, portanto, o objeto das considerações desenvolvidas a seguir.

2.3.2.3 A conformação do *ius utendi* e os reflexos sobre as demais prerrogativas proprietárias públicas

Os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico definem a função social da propriedade pública urbana e, ao fazê-lo, prescrevem que as afetações concretas dos bens públicos urbanos sejam consentâneas à afetação urbanística da zona em que estes bens se situam. Assim, pode-se afirmar que os possíveis usos que os proprietários públicos conferirão aos seus imóveis são determinados pela função social da propriedade pública urbana, ou, em outras palavras, esta conforma o *ius utendi* inerente à propriedade pública.

Não obstante a citada conformação seja o mais evidente impacto da função social, tem-se que os seus efeitos não se esgotam nas possíveis destinações que poderão ser atribuídas a cada um dos bens públicos. Ao contrário, a função social determina as diversas decisões posteriores ao ato que atribuiu uma afetação concreta a cada um dos bens públicos, o que pode ser ilustrado pelas regras que regerão as atividades que se realizarão no interior deles. Estas regras serão estabelecidas segundo o uso que se dará ao bem para garantir que as citadas atividades realizem o interesse público urbanístico específico – isto é, o direito fundamental de expressão ou impacto espacial que orientou a atribuição da citada afetação.

Neste sentido, reconhece-se que todas as decisões relacionadas ao exercício do *ius aedificandi* também serão tomadas em consonância à função social, pois, somente se realizarão novas construções se não houver um prédio público que possa receber esta afetação. Ademais, somente se construirão edifícios que atendam a uma das destinações urbanísticas daquela zona, adotando-se, sempre que possível, padrões arquitetônicos que possibilitem que o prédio possa receber múltiplas afetações.

Ademais, o novo edifício deverá conciliar-se à paisagem do seu entorno, seja por meio de uma harmonização por complementariedade ou por contraste[337], conforme seja

[337] A harmonização por complementariedade se dá por meio da adoção de modelos arquiteturais consentâneos aos imóveis que já existem na área, respeitando a volumetria, as cores e acabamentos de fachada etc. Por sua vez

permitido para cada zona urbana[338]. Além destas questões estéticas, o projeto deverá considerar os aspectos físicos do terreno para que a forma do edifício e os materiais empregados possibilitem a redução de custos com a manutenção do imóvel e com o seu funcionamento[339]. Também deverão ser adotados mecanismos que possibilitem o reuso de materiais e a redução de rejeitos da construção como forma de reduzir os impactos ambientais[340]. Além disso, o próprio descarte dos rejeitos deve ser controlado pelo Ente Público como forma de garantir a sustentabilidade do empreendimento[341].

Igualmente ao que se afirmou quando se analisou o caso da demolição de prédios públicos, a construção e/ou a reforma de edifícios pertencentes a qualquer pessoa jurídica de direito público deverão obedecer aos procedimentos fixados pelos textos jurídico-normativos locais. Assim, a execução dos trabalhos dependerá da outorga de licença urbanística municipal, o que pode depender da realização de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança e da execução dos encargos que dele decorrem, todos devidamente aprovados em procedimento participativo. Outrossim, as atividades públicas a que se destinam o imóvel somente se iniciarão, após os agentes públicos municipais examinarem a construção terminada e outorgarem as licenças municipais de ocupação e de funcionamento, conforme seja o caso.

Até mesmo a seleção dos instrumentos de uso privativo dos bens públicos é determinada pela função social da propriedade pública urbana, pois, cada instrumento se adequa a uma situação fática e objetiva realizar finalidades específicas. Assim, se um bem público é ocupado a mais de cinco anos, por indivíduo de baixa renda que o utilize para sua moradia, sem que ele seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, estar-se-á diante do cabimento de concessão de uso especial para fins de moradia. Por sua vez, imóveis situados em distritos

---

a harmonia por contraste objetiva diferenciar a nova construção dos bens que estão no seu entorno, de forma que a oposição enfatize todos os imóveis.

338 BOTREL, Karla. Restrições urbanísticas à propriedade privada. In: MUKAI, Toshio (Org.). *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 147.

339 Assim, dever-se-ão adotar os diversos parâmetros que permitam a eficiência energética da edificação – por exemplo, a redução de custos com a iluminação e climatização dos ambientes, o que depende da zona bioclimática em que o Município se encontra.

340 Neste caso, até mesmo as decisões sobre a forma do edifício e, consequentemente, a movimentação de terras necessária à realização das fundações da construção são impactadas pela função social. Afinal, os projetos devem ser pensados de forma a demandarem que a retirada ou colocação de terras seja a menor possível para evitar os impactos ambientais decorrentes destas operações, bem como os custos inerentes a aquisição ou depósito destes rejeitos.

341 Todos estes parâmetros não se coadunam aos padrões arquitetônicos que, geralmente, são adotados no Brasil, onde os prédios públicos são projetados para garantir a opulência da construção, sem considerar a sua funcionalidade e a realidade social e física em que estes imóveis se inserirão. Este é o caso da adoção e/ou reprodução de modelos arquitetônicos que não se adequam à realidade física do local em que eles serão construídos. Afinal, projetos desenvolvidos para serem construídos em Macapá, capital do Estado do Amapá, e situada sobre a linha do Equador, não se adequam ao clima de Curitiba, capital do Estado do Paraná, cujo clima se caracteriza como subtropical.

industriais ou imóveis ocupados por indivíduos de baixa renda que não atendam aos requisitos acima terão o seu uso outorgado por meio de concessão de direito real de uso ou por meio de direito de superfície.

A inter-relação entre os instrumentos de uso privativo de bens públicos e a conformação do *ius utendi* pela função social da propriedade pública urbana indica que as demais prerrogativas proprietárias públicas também são conformadas pelo citado princípio. Este é o caso do *ius fruendi*, pois a locação de um bem público urbano deverá indicar o fim do contrato – a afetação do bem – a qual deve ser admitida naquela parte do território[342].

Ademais, a contraprestações pelo uso privativo de imóveis de titularidade de qualquer Ente Público somente existirá se o instrumento adotado admitir o uso remunerado e se a finalidade que se objetiva realizar justificarem a contraprestação. Em algumas hipóteses, o uso privativo de imóveis públicos destinados a finalidades econômicas particulares deverá ser remunerado, como ocorre, por exemplo, no caso de bens públicos situados em distritos industriais. Porém, em outras situações, o uso privativo de bens públicos para desenvolvimento de atividades econômicas particulares afastará a exigência de contraprestação do usuário. Este é o caso, por exemplo, do uso de bens públicos para funcionamento de pequenos empreendimentos comerciais que objetivem assegurar a sustentabilidade socioeconômica de ações de regularização fundiária de áreas públicas ocupadas por população de baixa renda[343].

---

[342] Ademais, os proprietários públicos não são livres para definirem os valores dos aluguéis que cobraram dos locatários, como ilustra o caso dos bens públicos federais, regidos pelo artigo 41, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que prescreve: "Art. 41 – Será observado como valor mínimo para efeito de aluguel, arrendamento, cessão de uso onerosa, foro e taxa de ocupação, aquele correspondente ao custo de processamento da respectiva cobrança".
Esta regra objetiva afastar a possibilidade de a dívida decorrente do inadimplemento do locatário ser considerada uma dívida de pequeno valor. Se isto ocorresse, a cobrança judicial da contraprestação seria considerada antieconômica, o que contraria o princípio constitucional da eficiência e levaria o proprietário público a não buscar o recebimento destes valores.

[343] Adotar títulos de uso privativo onerosos para fins de fixação espacial e garantia do direito à moradia para populações pauperizadas pode prejudicar a própria efetividade desta política pública. Neste mesmo sentido, exigir contraprestação pecuniária dos pequenos comerciantes que atenderão às necessidades de consumo destes núcleos populacionais pode desestimulá-los, pois, a depender do valor da contraprestação, a margem de lucro dos mesmos será ínfima. Este mesmo raciocínio se aplica ao fomento de algumas atividades de utilidade pública ou interesse social.
Em contrapartida, isentar pessoas jurídicas de direito privado do pagamento pelo uso de imóveis situados em distritos industriais gera uma economia que será capturada pelo empreendedor e que, provavelmente, não se reverterá em ampliações de investimentos na atividade produtiva. Ademais, esta prática contribui para o aumento das desigualdades regionais e, em algumas hipóteses, pode levar à desindustrialização de algumas regiões, com impactos em toda a rede urbana.
Em sentido semelhante, isentar indivíduos de camadas econômicas mais elevadas do pagamento pelo uso de imóveis públicos residenciais pode implicar na majoração das desigualdades sociais. Este mesmo raciocínio se aplica, por exemplo, aos casos de servidores públicos de altos escalões que alugam imóveis residenciais de propriedade pública a preços subsidiados. Nesta hipótese, a economia gerada pelo pagamento de um aluguel abaixo do preço de mercado se constitui como um sobressalário que prejudica as finanças públicas e, ao mesmo tempo, escamoteia o regime remuneratório dos servidores.

Outrossim, esta nova configuração do *ius utendi* não abarca a omissão em atribuir uma afetação concreta aos bens públicos, a omissão em realizar as ações públicas necessárias à realização da afetação e o não-uso do bem conforme a sua afetação. Afinal, estas práticas contrariam a função social da propriedade pública urbana, o que produz impactos sobre a prerrogativa de reivindicar imóveis públicos ocupados – *rei vindicatio*.

Conforme se viu quando se analisou a nova configuração da imprescritibilidade, a ocupação de bens públicos urbanos desprovida de títulos de uso privativo pode garantir ao ocupante o direito de se opor à pretensão de reivindicação do proprietário público. Dessa forma, ele poderá exigir a outorga de um título que regularize sua ocupação – por exemplo, mediante a concessão de uso especial para fins de moradia – desde que sejam atendidos os requisitos necessários à aquisição do direito de permanência no imóvel[344].

Assim, denota-se que a função social impôs a alteração da compreensão das remoções de ocupações de imóveis públicos urbanos, principalmente daquelas que se caracterizam por sua longevidade e pela carestia dos ocupantes. Neste caso, os ocupantes atribuem ao imóvel uma destinação socialmente adequada e a retirada destes indivíduos tem alta probabilidade de gerar ou agravar os diversos problemas sociais urbanos[345].

Isto significa que o reconhecimento de que uma das possíveis destinações dos bens públicos urbanos é o atendimento das finalidades das políticas habitacional e de regularização fundiária tornou as citadas remoções medidas excepcionais[346]. Consequentemente, antes de propor uma ação reivindicatória, o proprietário público deverá analisar, com base nos parâmetros objetivos fornecidos pelo sistema jurídico, se a medida se mostra adequada para realizar o direito à cidade, ou se o caso exige a regularização da ocupação. No caso de se exigir a remoção dos ocupantes, dever-se-ão buscar mecanismos que permitam a realocação dos indivíduos em áreas próximas àquelas ocupadas e que preservem os laços sociais entre eles, como meio de assegurar a sustentabilidade da ação de regularização[347].

---

[344] ARAÚJO, Bárbara de Almeida. *Op. cit.*, p. 115.
[345] RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 61.
[346] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 334-336.
[347] Reconhecer a excepcionalidade das remoções de populações pauperizadas exige que os Entes Públicos alterem a sua compreensão sobre as próprias razões que originam as ocupações. Os ocupantes não se encontram em situação de ilegalidade por uma deliberada escolha deles, ao contrário, a ocupação foi a única forma que eles encontraram para exercer o seu direito fundamental à moradia. Portanto, não se pode imputar a eles a responsabilidade por sua própria vulnerabilidade social, sob pena de se criminalizar a própria pobreza urbana. Dessa forma, a complexidade ínsita às ocupações afasta soluções generalistas como aquelas pregadas por alguns autores neoliberais, segundo os quais as remoções, muitas vezes acompanhadas da atuação policial, aplicar-se-iam a todos os casos. As remoções somente podem ser empregadas se encontrarem justificativa nos direitos fundamentais e desde que sejam garantidos aos ocupantes a fixação espacial em local próximo à área ocupada. Caso contrário, estar-se-á diante do paradoxo de se adotar uma solução autoritária na vigência do Estado Democrático de Direito, porquanto desprovida de vinculação com o direito à cidade que, pretensamente,

Porém, a conformação do *ius utendi* pela função social também reconfigura outras competências discricionárias dos proprietários públicos. Neste sentido, talvez a reconfiguração mais marcante seja a das competências relacionadas à instalação e à distribuição espacial das redes de serviços, infraestruturas e equipamentos públicos.

Uma das contribuições do Urbanismo e do Direito Urbanístico, no Brasil, foi a recuperação dos debates sobre os elementos que determinam os locais onde se situarão as sobreditas redes e os impactos decorrentes da sua presença. Por um lado, os estudos de ambas as áreas diagnosticaram que, tradicionalmente, as decisões sobre a instalação e a distribuição destas redes é fortemente determinada pelos elementos disfuncionais que ainda se fazem presentes na esfera pública brasileira. Por outro lado, a presença ou ausência destas redes provocam a valorização ou desvalorização dos imóveis situados em suas proximidades e possibilitam ou impedem o acesso às condições fundamentais para a realização dos direitos fundamentais de impacto ou expressão territorial.

Assim, os dados fornecidos por estes estudos produziram diversas consequências. Criaram-se instrumentos que objetivavam provocar a inversão de prioridades quanto à instalação destes empreendimentos, distribuir os ônus e benefícios da urbanização e permitir a recuperação do mais valor urbano decorrente destas intervenções[348]. Os diagnósticos necessários à elaboração dos documentos de urbanismo se tornaram mais precisos e isto permitiu que o caráter operacional deles fosse maximizado. Consequentemente, estes documentos passariam a prever algumas das principais intervenções que deveriam ser realizadas ou, se isto fosse impossível, os planos diretores e setoriais passariam a prescrever critérios que permitiriam definir os locais onde as citadas redes seriam instaladas[349].

Dessa forma, as diversas decisões quanto à instalação e à distribuição destas redes – sejam federais, estaduais e/ou municipais – devem seguir a destinação que as leis urbanísticas

---

deveria justificar a própria remoção. (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 49-50; MARSHALL, T. H.. *Op. cit.*, p. 20-21; ARENDT, Hannah. *Op. cit*., p. 503 e 510-511; HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 200; HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos...*, p. 417-419; LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 265; DAMATTA, Roberto. *Em torno...*, p. 679-680.)

[348] Isto é, instrumentos que permitem realizar um "diagnóstico permanente das demandas agregadas e reprimidas da cidade como um todo orgânico, identificando em primeiro plano as prioridades das regiões mais pobres, onde vive a maioria da população (profundamente diferentes das regiões onde vivem as pessoas com mais recursos)". (LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 106-107.)

[349] Para a tomada destas decisões, os Municípios poderão empregar diversas técnicas – que podem ou não empregar tecnologias digitais, conforme as especificidades de cada caso e as possibilidades financeiras dos Entes Públicos. Um exemplo destas técnicas pode ser encontrado no mapeamento das doenças mais comuns presentes em determinadas partes do Município, as quais orientarão a disponibilização de determinados serviços de saúde específico, conforme o perfil epidemiológico da população. Outra ilustração pode ser encontrada na comparação entre os endereços dos estudantes, os locais onde se encontram as escolas que eles frequentam e o tempo dispendido por eles para se deslocarem de suas casas às escolas – neste caso, os resultados obtidos podem indicar os locais onde os Entes Públicos deverão instalar escolas.

locais conferem a cada parte do território. Ademais, estas decisões devem considerar os elementos técnicos extrajurídicos, os resultados obtidos por meio da participação social, os impactos destas redes sobre os imóveis que se localizam em suas proximidades e sobre os indivíduos que vivem nestes locais. Outrossim, devem-se considerar os locais que carecem destas redes, onde elas são subutilizadas e os impactos que elas sofrem em razão do aumento populacional sobre determinadas partes do território[350].

Porém, estes critérios não determinam somente a localização destas redes, mas, alcançam, também, as ordens de prioridades e a disponibilização dos recursos para a instalação e a distribuição delas. Como se depreende da pesquisa em direito comparado, o aumento da carga operacional dos documentos de urbanismo insere as decisões orçamentárias referentes às intervenções urbanísticas no âmbito das competências discricionárias técnicas. Portanto, os gestores públicos não são livres para tomarem estas decisões, pois, elas também devem encontrar justificativas fáticas, jurídicas e técnicas na função social da propriedade pública urbana – isto é, em última análise, elas devem ser adequadas à realização do direito à cidade.

[350] Ao tratar dos impactos dos princípios constitucionais sobre o Direito Administrativo – como é o caso da função social da propriedade pública sobre o regime dos bens públicos e as decisões a eles concernentes – Juarez Freitas apresenta outras ilustrações que sintetizam os diversos impactos acima mencionados. Segundo ele: "Se houver, por exemplo, uma escola inacabada, provavelmente será inaceitável começar outra, antes de concluir aquela. De outra parte, se existirem escolas em número suficiente, será mau uso da liberdade preterir a construção do hospital necessário.
[...]
Não raro, prioridades não são cumpridas. Outras vezes, obras restam inconclusas enquanto principiam outras altamente questionáveis. Traçados de estradas são feitos em desacordo com técnicas básicas de Engenharia. Decisões de obras são tomadas em rompantes conducentes a erros amazônicos. Hospitais são sucateados, enquanto se iniciam outros. Materiais são desperdiçados acintosamente. Obras apresentam projetos básicos que discrepam dos custos finais. Falta, por incrível que pareça, um sistema nacional de avaliação de custos, digno do nome. Dá-se prioridade a contratos para objetivos de curta duração, sem converter, quando possível, o contratado em parceiro de longo prazo. Realizam-se contratos com cláusulas que impedem a amortização dos investimentos acarretando dever indenizatório do Poder Público. Cogita-se de desapropriação imotivada, com altos custos para o erário. Descura-se de investimento em áreas estratégicas e vitais como é o caso do controle de tráfego aéreo.
Por tudo, frise-se que é viciado todo e qualquer desperdício dos recursos públicos. Daí segue, sempre para ilustrar, a obrigatoriedade da conclusão prioritária de obras inacabadas, assim como a luta incessante contra as aquisições de produtos com preços acima de mercado. Ainda: a imposição de projetos básicos idôneos para a execução de obras e de serviços, nos quais há de constar orçamento detalhado e meticuloso [...]" (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 16 e 32-33.)

2.3.3 Formas de controle do cumprimento da função social da propriedade pública urbana

Todos os elementos apresentados denotam que a função social da propriedade pública urbana, enquanto densificação do interesse público urbanístico, é o elemento nuclear e unificador da disciplina jurídica dos bens públicos urbanos. Entre as diversas decorrências desta centralidade, pode-se mencionar, por exemplo, a racionalização da matéria, a centralidade da afetação dos bens públicos urbanos e a reconfiguração do regime constitucional aplicável a estes imóveis. Ainda neste sentido, pode-se citar, a abertura à participação popular, a conformação das prerrogativas proprietárias públicas e o dever de os Entes Públicos motivarem de forma ampla as decisões que impactem, direta ou indiretamente, a gestão destes bens.

Não obstante a importância destas ilustrações, elas não sintetizam todas as consequências pragmáticas da função social. Isto porque, um dos efeitos da alta densidade normativa da função social urbanística é que ela fornece parâmetros para controlar o exercício das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias e para exigir o seu cumprimento.

Portanto, é necessário recuperar e sistematizar alguns argumentos que já foram expostos, o que permitirá comprovar a elevada densidade normativa da função social e o seu papel de sustentáculo do regime jurídico dos bens públicos. Assim, a exposição destes argumentos foi organizada em três grupos, cujo escopo é permitir a investigação das formas de controle do cumprimento da função social da propriedade pública urbana.

Inicialmente, analisar-se-á se os instrumentos prescritos no §4º, do artigo 182, da Constituição, também se aplicam aos bens públicos urbanos. Os citados instrumentos são os principais mecanismos existentes no sistema jurídico brasileiro para estimular os proprietários privados a atenderem ao princípio da função social.

Em seguida, a exposição se centrará nas possibilidades de controle administrativo e político interfederativo. Assim, pretende-se demonstrar como os Entes Federados, sem recorrer ao Poder Judiciário, podem controlar a gestão dos bens públicos uns dos outros. Neste grupo de instrumentos se inserem as ações que possibilitam a gestão compartilhada dos bens públicos urbanos e que incentivam os Entes Públicos a agirem de forma consentânea às determinações impostas pela função social.

Enfim, examinar-se-á o controle do cumprimento da função social exercido no âmbito do Poder Judiciário. Neste caso, recuperar-se-ão as discussões acerca de alguns dos principais instrumentos jurisdicionais que legitimam as pessoas jurídicas de direito público, os

entes da sociedade civil organizada e os indivíduos a controlarem o cumprimento das funções administrativas atribuídas aos Entes Públicos.

2.3.3.1 A inaplicabilidade do §4º, do artigo 182, da Constituição da República[351], aos imóveis públicos urbanos

O sobredito §4º confere aos Municípios a competência de criarem os seguintes instrumentos: parcelamento ou edificação compulsórios, imposto fundiário municipal progressivo no tempo e desapropriação pelo descumprimento da função social. Estes instrumentos serão criados por meio de "lei específica", decorrente do plano diretor municipal e serão aplicados "sucessivamente". Conforme o próprio Texto Constitucional, eles objetivam estimular os proprietários a promoverem o "adequando aproveitamento" dos imóveis não-edificados, subutilizados ou não-utilizados situados em áreas indicadas no plano diretor.

Dessa forma, a não-edificação, não-utilização ou subutilização se caracterizam como condutas proprietárias que, embora lícitas, prejudicam a realização do direito à cidade – o que as insere como casos fracos ou brandos de descumprimento da função social[352]. Isto é, embora o sistema jurídico tolere estas condutas, ele prescreve instrumentos de "direito

---

[351] Para mais informações sobre os citados instrumentos, notadamente, do imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo: COSTA, Igor Sporch da. *A progressividade...*

[352] O sistema jurídico brasileiro permite classificar o descumprimento da função social da propriedade privada em três grupos, segundo as consequências jurídicas decorrentes de cada caso. Nos termos do artigo 243, da Constituição, o descumprimento forte ocorre quando o proprietário utiliza o imóvel para "culturas ilegais de plantas psicotrópicas" ou para a "exploração de trabalho escravo". Neste caso, a ilicitude da conduta do proprietário é tão intensa que as prerrogativas proprietárias são eliminadas e o proprietário perde o imóvel urbano, sem qualquer ressarcimento, afetando-se os bens à realização de "programas de habitação popular".
O descumprimento mediano da função social ocorre quando o proprietário descumpre a legislação urbanística – por exemplo, quando ele ultrapassa os limites construtivos fixados pela legislação urbanística municipal, ou quando ele destine o imóvel para finalidade incompatível à destinação urbanística da zona em que este bem se localiza. Estas condutas impedem a realização do direito à cidade, mas, não a aniquilam como ocorre no primeiro caso. Assim, aplicam-se aos proprietários as penas prescritas pelos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico, como as multas, a interdição ou a demolição da obra.
O descumprimento fraco ou brando ocorre em três hipóteses. A primeira se refere aos casos em que o proprietário não edifica sobre o lote de sua propriedade, o que impede que o bem seja empregado para atender a uma das destinações urbanísticas daquela zona. A segunda se refere ao caso de imóveis edificados que não são empregados por seus proprietários em nenhuma das atividades permitidas naquela zona. Enfim, a terceira hipótese se refere aos imóveis cujo aproveitamento urbanístico é "inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente". Em todas estas hipóteses, os Municípios aplicarão medidas públicas que objetivem modificar o comportamento do proprietário e fazê-lo exercer suas prerrogativas proprietárias em consonância à função social.

promocional"[353], consubstanciados em intervenções públicas que objetivam convencer os proprietários a alterarem os citados comportamentos prejudiciais.

Embora o §4º, do artigo 182, da Constituição, não restrinja a aplicação dos instrumentos à propriedade privada, isto se torna evidente diante da interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Ao regulamentar o primeiro instrumento, o Estatuto da Cidade prescreveu que o Município notificará o proprietário do bem sobre o descumprimento da função social e esta notificação será averbada no Cartório de Registros de Imóveis.

Conforme o regime jurídico aplicável a este instrumento, tem-se que esta notificação criará uma obrigação *propter rem* – uma obrigação instituída "em razão da coisa" e a que, portanto, acompanhará o bem mesmo se ele for transferido a terceiros. Neste sentido, o artigo 6º, do Estatuto da Cidade, prescreveu, textualmente, que a "transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis" não prejudica a exigibilidade desta obrigação. Assim, o citado artigo 6º, ainda que de forma implícita, afasta a incidência do parcelamento ou edificação compulsórios sobre os imóveis públicos urbanos, pois, somente os bens particulares podem ser objeto de transmissão em razão do falecimento do seu proprietário.

Ademais, a alínea *a*, do inciso VI, do artigo 150, da Constituição, cria a imunidade tributária recíproca dos Entes Públicos, o que significa que o imposto fundiário progressivo no tempo, de competência municipal, não incide sobre os bens públicos que descumpram a sua função social[354]. Igualmente, o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, proíbe expressamente que os Municípios desapropriem bens pertencentes à União e aos Estado-membros, o que também se aplica aos bens das autarquias federais e estaduais[355].

Assim, a exegese conjunta de todos estes artigos permite afirmar que os instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição, não se aplicam às hipóteses de bens públicos urbanos não edificados, não utilizados ou subutilizados. Porém, isto não significa que a função social da propriedade pública seja mais débil do que a função social da propriedade privada. Na verdade, a conclusão advinda da inaplicabilidade destes instrumentos é diametralmente oposta.

---

[353] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 71.

[354] A alínea *a*, do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República, prescreve: "Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros".

[355] O §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, prescreve: "Art. 2º – Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...) §2º – Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa".

A inaplicabilidade indica que as hipóteses acima não são condutas lícitas e prejudiciais, mas, ao contrário, elas são condutas antijurídicas. Consequentemente e de forma diversa do que ocorre com a função social da propriedade privada urbana, não há gradação entre as hipóteses de descumprimento da função social da propriedade pública urbana. Os casos de descumprimento afrontam o ordenamento jurídico, pois, a propriedade pública urbana é uma função social e o seu cumprimento tem a natureza jurídica de um dever imposto aos Entes Públicos. Assim, a inaplicabilidade do citado §4º confirma a alta densidade normativa da função social da propriedade pública urbana e que os comportamentos dissonantes aos deveres impostos por ela têm como consequência a aplicação de penas impostas pela Administração Pública e/ou pelo Poder Judiciário, conforme as especificidades de cada caso concreto.

2.3.3.2 Os controles administrativo e político interfederativos

A conformação das prerrogativas dos proprietários públicos e dos beneficiários de títulos de uso privativo decorrente da função social produz efeitos concretos no exercício destes poderes, independentemente da pessoa jurídica de direito público a quem pertençam os bens públicos. Neste sentido, recordem-se os casos já analisados dos parâmetros definidores do *ius aedificandi* e das ações concretas de instalação e distribuição das redes de infraestruturas, serviços e equipamento públicos.

Os citados índices e ações são definidas por diversos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico, como as regras de zoneamento, uso e ocupação do solo e os Códigos Municipais de Obras e Posturas. Estes textos jurídico-normativos prescrevem, por exemplo, os parâmetros urbanísticos máximos e mínimos vigentes em cada zona do território urbano municipal e as atividades que poderão ser realizadas em cada uma destas zonas. Eles também prescrevem que as demolições, construções, reformas, obras de conservação e funcionamento das diversas atividades públicas dependerão de prévia outorga de licenças urbanísticas municipais.

Dessa forma, a primeira possibilidade de controle administrativo quanto ao cumprimento da função social é aquela realizada pelo próprio Ente Público sobre os seus bens. Uma vez que a função social da propriedade pública urbana encontra sustentação jurídica na Constituição e nos textos jurídico-normativos locais, os atos administrativos que a contrariem são ilícitos por violarem a lei. Assim, conforme a Súmula n. 346, do Supremo Tribunal

Federal[356], estes atos são passíveis de anulação pelo próprio Ente Público, que expedirá um novo ato, invalidando o primeiro, o qual terá efeitos retroativos – *ex tunc* – à data de edição do sobredito ato antijurídico.

Outrossim, as alterações da realidade fática podem provocar a mutabilidade do interesse público que fundamentou uma determinada decisão administrativa discricionária envolvendo os bens de propriedade de um Ente Público. Neste caso, inicialmente, a decisão administrativa se mostrava conveniente e oportuna e, portanto, adequada ao ordenamento jurídico. Todavia, as citadas modificações da situação fática podem tornar esta mesma decisão inconveniente e/ou inoportuna e, mantê-la, pode representar uma mácula à função social da propriedade pública urbana.

Nesta hipótese, consoante à Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal[357], o proprietário público pode expedir um novo ato administrativo que revogue o primeiro. Assim, este novo ato terá efeitos imediatos, mas não retroagirá no tempo – efeitos *ex nunc*.

A segunda possibilidade de controle administrativo é aquela realizada pelo Ente Público sobre os bens das Entidades da Administração Pública Indireta – isto é, as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado criadas por ele. As Entidades da Administração Pública Indireta têm autonomia para gerir os seus bens, os quais não se confundem com os bens da pessoa jurídica que as criou. Porém, estes bens estão afetados à realização das finalidades que justificaram a criação das citadas Entidades e as prerrogativas proprietárias sobre eles devem ser exercidas em consonância a este escopo e ao sistema jurídico.

Portanto, as mencionadas Entidades também exercem o controle sobre os bens urbanos que lhes pertencem, de forma a adequar a sua gestão à realização da função social. Porém, as pessoas jurídicas que criaram estas Entidades também têm poderes de controle sobre os bens destas últimas, como ilustra o inciso I, do artigo 17, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Em regra, estes poderes se vinculam ao cumprimento das finalidades institucionais da Entidade, mas, as leis que as criaram ou que autorizaram a sua criação, bem como os seus atos constitutivos[358], podem ampliar estas possibilidades de controle.

---

[356] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 346*. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[357] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 473*. Brasília, 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[358] Os incisos XIX e XX, do artigo 37, da Constituição, prescrevem: "Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas

Assim, se estas Entidades tomarem decisões sobre os seus bens que possam prejudicar o cumprimento de suas finalidades institucionais, a pessoa jurídica que as criou terá poderes para anular estes atos. Até mesmo decisões insertas no âmbito da competência discricionária destas Entidades são passíveis de revogação pelas pessoas jurídicas que as criaram, desde que as sobreditas leis e atos constitutivos confiram-lhes esta prerrogativa.

A terceira possibilidade de controle administrativo encontra seus fundamentos no sistema federativo brasileiro e no regime de repartição de competências constitucionais. Os Municípios são competentes para criar os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico e para exigir o seu cumprimento, de forma a fazer com que os proprietários privados e os proprietários públicos ajam em conformidade à função social urbanística. Assim, para que os Municípios cumpram este dever, o sistema jurídico lhes confere diversas prerrogativas de controle sobre o exercício das prerrogativas proprietárias dos demais Entes Públicos.

Neste sentido insere-se, por exemplo, o procedimento de licenciamento urbanístico, por meio do qual se confere ao Município o poder de analisar se cada um dos projetos está em consonância às regras urbanísticas locais. Em caso de discordância, os projetos serão reprovados, impedindo-se a realização da intervenção requerida.

Uma vez aprovado o projeto, periodicamente, o Município inspecionará a execução das intervenções para verificar a sua conformidade ao projeto aprovado e à licença outorgada. Em caso de dissonância, instaurar-se-á o processo administrativo para aplicação das penalidades urbanísticas – advertência, multa, interdição, embargo ou demolição – nos termos definidos pelos sobreditos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico.

Enfim, terminados os trabalhos de execução das citadas intervenções, o Município realizará a última inspeção na obra, quando verificará se ela obedeceu aos parâmetros fixados pela licença de construção ou demolição. Caso se constatem dissonâncias entre a obra e a licença, instaurar-se-á novo processo administrativo, por meio do qual se negará a licença de ocupação e se aplicarão as penalidades urbanísticas cabíveis – por exemplo, multa ou demolição, conforme seja o caso[359].

Igualmente, a realização de atividades públicas também se sujeitará ao processo administrativo para outorga da licença de funcionamento. Se as citadas atividades forem incompatíveis à destinação urbanística da zona ou se os imóveis forem inadequados para recebe-las, o Município também negará a licença. De forma semelhante ao que se viu acima, a

---

de sua atuação; XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada".

[359] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 434-435.

realização de atividades sem a licença de funcionamento dará causa à instauração de processo administrativo para apuração dos fatos e aplicação das sanções urbanísticas – advertência, multa e/ou interdição – conforme cada caso.

Todavia, a função social da propriedade pública urbana quando analisada face ao regime federativo brasileiro não confere somente aos Municípios o poder de controlar a gestão dos bens urbanos federais e estaduais[360]. Ao contrário, a Constituição confere aos Estados-membros o poder de controlar a gestão dos bens municipais e à União a competência para controlar a gestão dos bens estaduais e distritais e, também, dos bens municipais situados em territórios federais. Neste caso, está-se diante do controle jurídico-político decorrente da intervenção federal ou estadual.

Segundo os incisos VI e VII, do artigo 34, da Constituição, a União intervirá nos Estados-membros ou no Distrito Federal, se eles descumprirem ou não executarem leis federais – como, por exemplo, o Estatuto da Cidade[361] – ou se houver risco de mácula aos princípios constitucionais. Entre estes princípios, podem-se citar, os "direitos da pessoa humana" – por exemplo, o direito fundamental à moradia e a função social da propriedade pública – e a

[360] Neste aspecto duas outras questões também podem ser mencionadas. A primeira se refere à omissão da União e dos Estados-membros em criarem seus planos territoriais e, assim, conformarem a discricionariedade legislativa municipal no que concerne à elaboração dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. Como se afirmou acima, esta omissão cria diversos obstáculos para que os primeiros Entes Federados possam executar as intervenções urbanísticas e realizar as atividades públicas que são de sua competência. Porém, pragmaticamente, estes obstáculos são transpostos por meio de dois expedientes cumulativos: o desrespeito das leis urbanísticas locais e o cometimento de atos insertos nas práticas disfuncionais que ainda estão presentes na esfera pública brasileira.
Estas práticas disfuncionais se mostram mais aberrantes quando os Municípios contrariam os textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico criados por eles mesmos – por exemplo, eles não atendem aos parâmetros urbanísticos definidos por suas próprias leis ou executam obras ou atividades sem as devidas licenças locais. Nestes casos, os atos ou omissões ilegais encontram justificativas numa visão deturpada do interesse público que identifica o Município – ou o gestor público – como titular do interesse público e desconsidera que este se identifica à efetividade dos direitos fundamentais.
Em consonância às lições de Laclau e Mouffe, esta visão deturpada opõe os órgãos municipais competentes para executar e fiscalizar a Política Urbana aos demais órgãos públicos. Nestes embates, os primeiros órgãos são considerados como contrários ao crescimento econômico e ao progresso do Município, o que justifica que eles sejam constrangidos para não impedirem que os citados atos ilegais sejam realizados. Isto denota que, embora a Constituição reconheça a fundamentalidade do direito à cidade e a importância da Política Urbana, na prática, ela ainda é vista como um tema secundário na prática da Administração Pública brasileira. (LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 297, 208 e 211; SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania...*, p. 63; SANTOS, Ângela Moulin Penalva. Descentralização, participação e controle externo sobre os governos municipais no Brasil. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 2, n. 19, p. 17-43, 1º semestre de 2009. p. 29, 37-38 e 40-41.)

[361] Podem-se imaginar como ilustrações deste descumprimento a não promulgação ou a não revisão do plano diretor do Distrito Federal, ou a criação de óbices por um Estado-membro para que os Municípios situados em seu território criem estes planos, nos termos previstos pelo Estatuto da Cidade.

"autonomia municipal" – base para que os Municípios elaborem os seus textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico[362].

Em sentido semelhante o inciso IV, do artigo 35, da Constituição, prescreve que o Estado-membro apresentará, ao respectivo Tribunal de Justiça, Representação para decretação de Intervenção Estadual contra qualquer Município localizado em seu território. Esta medida se aplica, por exemplo, quando o Município descumpre ou não executa leis – como, por exemplo, as leis urbanísticas locais, estaduais e/ou federais que prescrevem a função social da propriedade pública urbana. Esta mesma prerrogativa é garantida à União no que concerne aos Municípios localizados em territórios federais[363].

Em todos os casos acima citados, o decreto de intervenção deverá observar o regramento geral fixado nos parágrafos do artigo 36, da Constituição. Assim, conforme o §3º, deste artigo, as hipóteses de intervenção acima citadas dispensam prévia aprovação do Poder Legislativo federal ou estadual e o decreto se limitará "a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade".

Apesar da importância de todos estes instrumentos e possibilidades de controle, a função social da propriedade pública urbana e o regime federativo impõem aos Entes Públicos outro dever. Eles devem desenvolver ações e políticas públicas de cooperação que objetivem realizar o direito à cidade.

Ainda que de forma assistemática, este dever de harmonização orientou muitas pessoas jurídicas de direito público a desenvolverem ações de gestão compartilhada dos bens públicos urbanos. Neste sentido inserem-se, por exemplo, alguns Códigos Municipais de Posturas que prescrevem regras sobre o uso de bens pertencentes ao próprio Município e a outros Entes Públicos. Este é o caso, por exemplo, do licenciamento municipal de atividades privadas realizadas nas praias urbanas, as quais, conforme o inciso IV, do artigo 20, da Constituição, são bens públicos federais[364].

Não obstante estas regras fossem objeto de questionamentos judiciais[365], desde o final da década de 1990, há uma tendência de aperfeiçoamento dos instrumentos de gestão

---

[362] Conforme o inciso III, do artigo 36, da Constituição, no caso de descumprimento de princípios constitucionais, a "decretação da intervenção federal" dependerá de "representação do Procurador-Geral da República" e de "provimento do Supremo Tribunal Federal".

[363] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 173.

[364] O inciso IV, do artigo 20, da Constituição da República, prescreve: "Art. 20 – São bens da União: (...) IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II".

[365] Estas regras municipais estavam sujeitas a diversos questionamentos judiciais, devido à dificuldade em se separar o exercício das atividades econômicas privadas – sujeitas a licenciamento municipal – e o uso do citado bem público federal – os quais dependiam da outorga de títulos de uso privativo expedidos pela União.

compartilhada. Neste sentido, tem-se, por exemplo, os §§2º ao 4º, do artigo 4º, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que autorizam a União a celebrar convênios com os Municípios e os Estados-membros para a gestão compartilhada dos bens públicos federais[366]. Ademais, os mencionados parágrafos conferem aos Estados e Municípios o direito de receberem uma fração das receitas patrimoniais produzidas pelos citados bens, como, por exemplo, aquelas decorrentes da outorga de títulos de uso privativo onerosos e da alienação onerosa destes bens federais.

Outra ilustração pode ser encontrada na Lei n. 13.240, de 30 de dezembro de 2015. Esta lei autoriza a União a transferir a gestão das praias urbanas aos Municípios litorâneos, conferindo-lhes a competência para regular o uso privativo de áreas de uso comum – como, por exemplo, a faixa de área, destinada ao lazer dos frequentadores. Esta transferência será realizada por meio de "termo de adesão" entre a União e os Municípios, os quais terão direito às receitas provenientes da contraprestação pelo uso privilegiado decorrente dos títulos de uso privativo outorgados[367].

Apesar do aprimoramento dos mecanismos de gestão compartilhada, os Entes Públicos brasileiros ainda podem adotar outras iniciativas de cooperação. Neste caso, a União,

---

[366] "A Política de Gestão do Patrimônio da União, instituída a partir do ano de 2003, tem como diretriz fundamental a gestão compartilhada e democrática, em acordo com as determinações da Constituição Federal de 1988 e, especialmente o Estatuto da Cidade – Lei no 10257/2001, que estabelece como uma das diretrizes da política de desenvolvimento urbano nacional a gestão democrática da cidade.
[...]
A garantia do cumprimento da função socioambiental da propriedade da União fica mais efetiva e eficaz com a gestão compartilhada desses bens, cabendo a formalização da parceria com Estados e Municípios. A gestão compartilhada dos bens da União está prevista na legislação federal, que estabelece a possibilidade de a SPU firmar convênios ou contratos com os Estados, Municípios e a iniciativa privada, a fim de executar a identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis de domínio da União, assim como o planejamento e a execução do parcelamento e da urbanização de áreas vagas, com base em projetos elaborados na forma da legislação pertinente". (SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Op. cit.*, p. 23-24.)

[367] O artigo 14, da Lei n. 13.240, de 30 de dezembro de 2015, prescreve: "Art. 14 – Fica a União autorizada a transferir aos Municípios litorâneos a gestão das praias marítimas urbanas, inclusive as áreas de bens de uso comum com exploração econômica, excetuados: I – os corpos d'água; II – as áreas consideradas essenciais para a estratégia de defesa nacional; III – as áreas reservadas à utilização de órgãos e entidades federais; IV – as áreas destinadas à exploração de serviço público de competência da União; V – as áreas situadas em unidades de conservação federais. §1º – A transferência prevista neste artigo ocorrerá mediante assinatura de termo de adesão com a União. §2º – O termo de adesão será disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para preenchimento eletrônico e preverá, entre outras cláusulas: I – a sujeição do Município às orientações normativas e à fiscalização pela Secretaria do Patrimônio da União; II – o direito dos Municípios sobre a totalidade das receitas auferidas com as utilizações autorizadas; III – a possibilidade de a União retomar a gestão, a qualquer tempo, devido a descumprimento de normas da Secretaria do Patrimônio da União ou por razões de interesse público superveniente; IV – a reversão automática da área à Secretaria do Patrimônio da União no caso de cancelamento do termo de adesão; V – a responsabilidade integral do Município, no período de gestão municipal, pelas ações ocorridas, pelas omissões praticadas e pelas multas e indenizações decorrentes. §3º – (VETADO)".

os Estados-membros e os seus órgãos de controle interno e externo – como os Tribunais de Contas, por exemplo – podem auxiliar os Municípios – notadamente os pequenos e desprovidos de capacidade institucional – na gestão de seus bens urbanos. Nesta hipótese, podem-se criar instrumentos e políticas públicas que permitam aos Municípios identificar os seus bens e contribuir na identificação dos bens federais e estaduais para que todos os proprietários públicos possam atribuir destinações adequadas aos seus imóveis[368].

Além disso, estes novos instrumentos e políticas públicas podem encontrar inspiração em práticas já existentes no Brasil ou em experiências encontradas na Europa latina ocidental, as quais já foram anteriormente mencionadas. Segundo a professora Ângela Moulin Simões Penalva Santos[369] – e igualmente ao que ocorre em Portugal – a universalização e interiorização de serviços públicos federais e a execução de políticas públicas desenvolvidas pela União tem se sustentado em dois instrumentos. O primeiro é a celebração de convênios e outros instrumentos contratuais entre a União e os Municípios, o segundo é o acesso a recursos federais provenientes de transferência orçamentárias voluntárias aos Municípios que aceitem executar as citadas atividades[370]. Em ambos os casos, para que as citadas atividades públicas sejam instaladas no território municipal e para que os Municípios tenham acesso aos citados recursos federais, eles se comprometem a realizar contrapartidas financeiras e a cumprirem metas fixadas pela União.

---

[368] Esta hipótese pode ser ilustrada pela inscrição de ocupação, nos termos do *caput* e do §2º, do artigo 7º, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, conforme a redação atribuída, pela Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, que prescrevem: "Art. 7º – A inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante, nos termos do regulamento, outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade, e gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação. [...] §2º – A comprovação do efetivo aproveitamento será dispensada nos casos de assentamentos informais definidos pelo Município como área ou zona especial de interesse social, nos termos do seu plano diretor ou outro instrumento legal que garanta a função social da área, exceto na faixa de fronteira ou quando se tratar de imóveis que estejam sob a administração do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica".

[369] SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista paranaense de desenvolvimento*, Curitiba, n. 120, p. 209-230, jan.-jun. 2011. p. 219-222.

[370] Para Victor Nunes Leal, a legitimidade deste expediente é duvidosa, pois, configura-se como um meio de a União ou dos Estados-membros interferirem na gestão municipal, o que, conforme o autor, "nem sempre se inspira em considerações de interesse público, sendo muitas vezes motivada pelas conveniências de militancia política". (LEAL, Victor Nunes. *Op. cit.*, p. 179.)
Maria Paula Dallari Bucci também apresenta ressalvas a este expediente. Para ela, se o acesso aos citados recursos financeiros pode se apresentar como uma razão fática para criar políticas e ações públicas, isto não garante o seu sucesso. Conforme a autora, se estas ações não forem assumidas pelos Municípios e pela sociedade local como meios imprescindíveis de realização do interesse público urbanístico, elas não serão institucionalizadas e terão a sua continuidade e efetividade comprometidas. (BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 342 e 343. Em sentido aproximado: FUKUYAMA, Yoshihiro Francis. *Op. cit.*, p. 60-64.)

Embora no caso brasileiro, esta experiência tenha se desenvolvido no âmbito das Políticas Públicas de Educação e Saúde, não há óbices de que elas sejam reproduzidas para ações insertas na gestão dos bens públicos urbanos. Neste caso, podem-se celebrar convênios entre os diversos Entes Públicos para que eles se auxiliem mutuamente na identificação dos bens públicos urbanos que não estejam devidamente registrados.

A União também pode vincular o acesso a recursos públicos provenientes de transferências orçamentárias voluntárias à realização de ações que objetivem, inicialmente, identificar e registrar os bens públicos urbanos pertencentes aos Municípios e aos Estados-membros. Em um segundo momento, o acesso a tais recursos pode se vincular à atribuição de uma destinação pública adequada aos citados bens ou à regularização fundiária da situação dos ocupantes de imóveis públicos urbanos municipais ou estaduais[371].

Outra iniciativa que pode ser desenvolvida no âmbito da gestão compartilhada dos bens públicos e do controle político-administrativo interfederativo se refere à instalação de equipamentos e serviços públicos federais e/ou estaduais. Nesta hipótese, com fundamento no princípio da subsidiariedade, pode-se criar o escalonamento do processo decisório referente à localização dos citados bens e serviços públicos.

Assim, imagine-se que se esteja diante da necessidade de se instalar um presídio federal, um hospital federal de alta complexidade ou uma universidade federal. Neste caso, à União competiria definir o Estado-membro em que se instalarão os serviços e as características gerais quanto aos elementos físicos e socioeconômicos do local que os receberá. Ao Estado-membro competiria adequar estes parâmetros gerais às especificidades regionais e definir o Município que receberá o serviço. Enfim, o Município definiria o exato local de seu território onde se instalaria o empreendimento, considerando, os critérios federais e estaduais, os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico, os impactos no território municipal e nos Municípios vizinhos, a existência de imóveis públicos que possam receber esta afetação etc[372].

---

[371] Esta forma de atuação pode ser ilustrada pelo Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Para mais informações, notadamente no que tange ao caso do Estado do Rio de Janeiro e os seus municípios: LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 154-178 e 326-327.

[372] Outra ilustração pode ser encontrada na instalação de um aeroporto na zona urbana de um Município, cujo plano diretor seja silente quanto à matéria. Neste caso, conforme Victor Carvalho Pinto, o "órgão de planejamento urbano deverá buscar um consenso com o órgão setorial, quanto à localização ideal do aeroporto. Além disso, outras partes do plano poderão ter que ser alteradas, a fim de minimizar os impactos urbanísticos. A construção de um aeroporto poderá exigir, por exemplo, uma ampla alteração no sistema viário, a fim de que as vias de acesso sejam adaptadas ao novo fluxo de tráfego, por outro lado, tanto o aeroporto quanto as restrições às propriedades vizinhas já existentes quando da elaboração do plano diretor deverão ser incorporados ao seu conteúdo". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito*..., p. 232-233. Em sentido semelhante, mas tratando da instalação de portos: SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Op. cit.*, p. 60.)

De um lado, este sistema de escalonamento reconhece que a distribuição constitucional e legal de competências não confere primazia à União face aos demais Entes Federados, visto que as atribuições de cada um deles refletem dimensões do interesse público. Lado outro, o citado sistema se ajusta à relação de densificação que reconhece a função social da propriedade pública urbana como uma expressão do interesse público, tomado em sua acepção ampla – identificado à realização dos direitos fundamentais.

Todas estas possibilidades denotam que o controle administrativo e político interfederativo da função social da propriedade pública urbana não se restringe ao mero caráter punitivo. Ao contrário, ele também abarca o dever de se criarem meios para uma gestão associada dos bens públicos urbanos, em que um Ente Público pode contribuir para que os demais realizem as competências que lhes foram atribuídas pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, vê-se que o controle administrativo e político interfederativo ainda encontra diversos obstáculos. Os elementos disfuncionais da esfera pública brasileira ainda impactam os instrumentos de caráter punitivo e os mecanismos de cooperação, sem mencionar que estes últimos ainda se encontram em fase embrionária de desenvolvimento[373]. Estes mesmos obstáculos também impactam o controle social sobre a gestão dos bens públicos urbanos e a participação popular durante o discurso de justificação para a elaboração dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico.

Um dos resultados de todas estas obstruções pode ser a ampliação da judicialização de questões relacionadas ao cumprimento da função social da propriedade pública urbana, o que exigirá uma mudança na forma como os tribunais analisam a matéria. Assim, a análise de alguns aspectos relacionados ao controle judicial decorrente da centralidade da função social da propriedade pública urbana exige um tratamento apartado.

---

[373] Ao analisar estes aspectos, Ermínia Maricato cita algumas áreas que ainda são carentes do desenvolvimento de ações de cooperação interfederativa. Segundo ela: "No contexto metropolitano, as competências são definidas pela legislação estadual, tema esse praticamente ignorado durante as duas últimas décadas do século XX e início do XXI, o tratamento dado à governabilidade metropolitana revela o desinteresse de todas as instâncias da federação na cooperação administrativa das metrópoles de cujo conjunto fazem parte algumas das maiores e mais problemáticas aglomerações do mundo.
[...] O poder legal do executivo federal sobre o desenvolvimento urbano, em especial sobre seu aspecto central, que é o controle sobre uso e ocupação do solo, é muito pequeno. Como grande investidor em obras urbanas, o executivo federal tem a chance de impor alguma regulação, como são os casos da exigência de planos municipais – urbanísticos, de saneamento, de habitação, de transporte – e também preconizam algumas das leis federais ou alguns programas de investimento. Mas nunca é demais repetir, não é por falta de planos e leis que as cidades no Brasil estão como estão". (MARICATO, Ermínia. *O impasse...*, p. 44.)

2.3.3.3 O controle judicial do cumprimento da função social da propriedade pública urbana

Todos os argumentos apresentados demonstram que a juridicidade da função social da propriedade pública urbana enseja diversas formas de controle sobre a gestão dos bens públicos urbanos. Ela dá causa ao controle legislativo *a priori*, ao controle administrativo e político realizado pelo próprio Ente Público ou pelos demais Entes Federados e ao controle popular – embora os proprietários públicos ainda sejam reticentes quanto à democratização da gestão dos bens públicos urbanos.

No entanto, os impactos da função social da propriedade pública urbana não se esgotam nestas modalidades de controle. A sua densidade normativa lhe confere juridicidade suficiente para ser exigida judicialmente[374] e, por consequência, sustentar decisões do Poder Judiciário que obriguem os proprietários públicos e os beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos a cumprirem-na[375]. Ademais, a sua densidade normativa confere legitimidade para que vários sujeitos a defendam em juízo[376], mediante uma miríade de instrumentos processuais aptos a veicular pretensões individuais e/ou públicas[377].

---

[374] BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 395 e 405; SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, p. 149; SAULE JÚNIOR, Nelson. *Capítulo III...*, p. 263 e 273; LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 159; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 174 e 179.

[375] A possibilidade de propositura das ações judiciais que serão analisadas abaixo pode ser compreendida como uma decorrência da democratização da gestão urbanística e dos bens públicos urbanos, pois, em muitos casos, os indivíduos e a sociedade civil organizada são legitimados para propô-las. Todavia, o exercício concreto deste direito de ação por quaisquer legitimados indica que os canais de comunicação com os Entes Públicos e com os beneficiários de títulos de uso privativo são inexistentes, insuficientes ou se encontram obstruídos.
Isto é, na prática, a propositura das ações judiciais indica a dificuldade em se criarem ações e políticas públicas de caráter geral, visto que, muitas vezes, as ações judiciais produziram resultados restritos às partes em litígio. A propositura das ações judiciais indica, também que a função social da propriedade pública urbana não está sendo atendida adequadamente e pode criar a "percepção" de que somente por meio da atuação do Poder Judiciário se pode exigir o seu cumprimento. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 142; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 175; PUGLIATTI, Salvatore. *Op. cit.*, p. 110; BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...*, p. 99; CORREIA, Arícia Fernandes; LUFT, Rosângela Marina; NASCIMENTO, Alessandra dos Santos; CALDAS, Bianca de Fátima Teixeira; LOPES, Evandro Dalbem; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado; MENDONÇA, Rafael da Mota; SILVA, Cláudia Souza Mendes da; PESTANA, Juliana de Fátima Corrêa; LIMA, Luciana Albuquerque. *Não tinha teto, não tinha nada*: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2016. (Série pensando o direito: 60.) p. 111, 119 e 122.)

[376] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 345; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 749.988/SP*. Recorrente: Estática Engenharia de Projetos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessados: Luiz Carlos Frayze David; Concremat Engenharia e Tecnologia S/A; Noronha Engenharia S/A e Outro; Pentágono Serviços de Engenharia Cível e Consultoria Ltda. e Outro; José Benedicto Pompeu de Jesus; Arthur Ferreira Neves Filho. Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=638471&num_registro=200500800935&data=20060918&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

[377] Recorde-se que, muitas vezes, devido à conexão estrutural entre os interesses privados e público – a relação entre os direitos fundamentais e o interesse público – as pretensões individuais e públicas se encontrarão

Porém, antes de analisar estes instrumentos, deve-se observar que a expressão "controle judicial do cumprimento da função social da propriedade pública urbana" parte de dois pressupostos. Inicialmente, enquanto conduta antijurídica, o descumprimento do princípio e das regras que dele decorrem pressupõem que os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico tenham sido criados pelo Município em consonância ao sistema jurídico. O segundo pressuposto se liga à possibilidade de a ilicitude decorrer da ação ou da omissão do proprietário público ou do beneficiário do título de uso privativo de um bem público urbano específico[378].

Estes pressupostos permitem situar o descumprimento no discurso de aplicação da função social da propriedade pública urbana, o que não significa que os vícios ocorridos durante o discurso de justificação não criem óbices ou, até mesmo, impeçam o seu cumprimento. Afinal, um dos efeitos da inexistência dos citados textos jurídico-normativos ou de sua produção em desacordo ao Estatuto da Cidade é impedir a definição da função social o que, portanto, torna impossível cumpri-la adequadamente.

Portanto, estas considerações justificam a forma como se abordou o tema do controle judicial do cumprimento da função social. Em um primeiro momento analisar-se-ão as hipóteses de ilicitude por ação ou omissão durante o discurso de justificação e os instrumentos judiciais que podem ser aplicados para corrigi-las. Em seguida, descrever-se-ão algumas das principais condutas ilícitas que podem ser encontradas no discurso de aplicação, também com ênfase nos casos de antijuridicidade por ação ou por omissão. Enfim, analisar-se-ão os principais instrumentos judiciais de controle que podem ser empregados em razão de ilícitos cometidos durante o discurso de aplicação.

2.3.3.3.1 O controle judicial durante o discurso de justificação dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico

Os principais atores públicos responsáveis pelos vícios ocorridos durante o discurso de justificação para a elaboração dos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico são os Municípios, pois, eles são os atores públicos centrais da Política Urbana brasileira. Ademais,

interligadas. Assim, a defesa de um interesse individual poderá significar a defesa do próprio interesse público e vice-versa. (WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 176-177, 210 e 211.)

[378] FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 43.

como se afirmou, estes vícios podem ser reunidos em dois grupos conforme se originem da omissão ou da ação ilícitas, por contrariarem a Constituição e o sistema infraconstitucional.

No que concerne às omissões, a mais comum se refere à não elaboração dos planos diretores ou a não revisão deles nos prazos prescritos em lei[379], nos termos prescritos pelo §1º, do artigo 182, da Constituição, e pelos incisos do artigo 41 e pelo §3º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade[380]. Outras hipóteses de omissão se referem aos Municípios que não criam oportunidades reais de participação popular durante a elaboração dos planos, nos termos do §4º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade[381]. Inserem-se também neste grupo, a desconsideração dos resultados da participação pelos legisladores locais. Enfim, há os casos de omissões municipais referentes à não adequação das demais leis municipais ao plano diretor e a não adequação do plano diretor e demais leis locais às leis e planos federais e estaduais supervenientes.

Com exceção da desconsideração dos resultados da participação pelos legisladores locais, em linhas gerais, as hipóteses de omissão acima ensejam a propositura da Ação de

---

[379] A omissão municipal em criar os textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico impede a adaptação da função social da propriedade pública urbana às especificidades locais. Porém, isto não impede a sua aplicação ou esvazia a sua carga normativa, pois, o ordenamento jurídico fornece elementos aptos a extrair, em cada caso, qual é o seu sentido jurídico e as condutas que estão de acordo com ela. Para tanto, basta recordar o que afirmou acima, quando se analisou o conteúdo jurídico da função social da propriedade pública urbana. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 126-127; MARRARA, Thiago. *Op cit.*, p. 151.)

[380] O §1º, do artigo 182, da Constituição prescreve: "Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana".
Esta exigência constitucional foi ampliada pelo Estatuto da Cidade, conforme se depreendem das regras contidas nos incisos do artigo 41: "Art. 41 – O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no §4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos".
Ademais, o §3º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade prescreve que os prazos mínimos para a revisão dos planos diretores: "Art. 40 – O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. [...] §3º – A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos".

[381] O §4º, do artigo 40, do Estatuto da Cidade prescreve: "Art. 40 – [...] §4º – No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos".

Inconstitucionalidade por Omissão[382] e do Mandado de Injunção[383]. Especificamente no que que à última ação citada, a possibilidade de sua propositura se fundamenta na própria natureza jurídica da função social da propriedade pública urbana. Afinal, deve-se recordar que ela é um direito fundamental dos não-proprietários, nos termos do inciso XXIII, do artigo 5º, e, ademais, o seu cumprimento é uma condição indispensável à realização da cidadania e dos direitos fundamentais de expressão ou impacto territorial.

Outra ação que pode ser proposta nestes casos é a Ação Civil Pública[384]. Conforme o artigo 5º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, confere-se legitimidade para a propositura desta ação ao Ministério Público, à Defensoria Pública, aos Entes Federados e às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado criadas por eles. Ademais, nos termos do citado artigo 5º, as entidades da sociedade civil organizada – associações – também têm legitimidade para propor esta ação. Neste último caso, estas entidades devem estar regularmente constituídas a mais de um ano e deve existir compatibilidade entre os seus fins institucionais e os bens jurídicos que serão defendidos por meio da Ação Civil Pública.

Não obstante este amplo rol de legitimados, estudos indicam que o Ministério Público raramente emprega esta ação em casos envolvendo a produção e a ordenação do espaço, o que denota que a sua atuação em relação à ordem urbanística é insuficiente[385]. Estes indícios tendem a se repetir no que concerne à propositura da Ação Civil Pública pela Defensoria

---

[382] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 170-171. O §2º, do artigo 103, da Constituição, prescreve: "Art. 103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [...] §2º – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

[383] O inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição, prescreve: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

[384] Os incisos do artigo 1º e o artigo 3º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, prescrevem: "Art. 1º – Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio-ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V – por infração da ordem econômica; VI – à ordem urbanística. VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. VIII – ao patrimônio público e social. [...] Art. 3º – A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

[385] SANTOS, Ângela Moulin Penalva. *Descentralização...*, p. 29, 37-38 e 40-41.

Pública, notadamente devido às dificuldades ligadas à criação de condições para a institucionalização e o funcionamento destes órgãos em âmbito federal e/ou estadual[386].

Obviamente que os Municípios também não proporão Ações Civis Públicas relacionadas aos vícios acima descritos, uma vez que eles são os principais responsáveis pelas ações e omissões ilícitas ocorridas durante o discurso de justificação. Neste mesmo sentido, também se pode conjecturar que a União, os Estados-membros e as demais pessoas jurídicas criadas pelos Entes Federados não proporão estas ações. Afinal, as principais consequências da ausência ou inadequação dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico são a não conformação das prerrogativas proprietárias públicas e a não indicação das destinações que podem ser atribuídas aos bens públicos urbanos. Assim, a inexistência ou inadequação ampliam as competências discricionárias dos proprietários públicos e permitem a manutenção das práticas disfuncionais aplicadas à gestão destes bens.

Dessa forma, as entidades da sociedade civil organizada parecem reunir as melhores condições fáticas para propositura da Ação Civil Pública, o que, depende da conjugação de diversas variáveis. Entre elas, podem-se citar, por exemplo, um alto grau de mobilização popular, a existência das citadas associações, o seu interesse em proporem estas ações e que os indivíduos que compõem estas entidades tenham acesso às informações necessárias para atuar.

Apesar destes obstáculos, a Ação Civil Pública pode se apresentar como um importante instrumento para combater os vícios acima citados, notadamente aqueles relacionados às omissões ocorridas durante o discurso de justificação[387]. Isto porque, diante dos custos envolvidos na propositura destas ações, da morosidade no seu julgamento e da, consequentemente, lentidão em suprir as omissões, o §6º, do citado artigo 5º, autoriza sejam celebrados Termos ou Compromissos de Ajustamento de Condutas.

O citado Termo ou Compromisso será firmado entre, de um lado, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as pessoas jurídicas de direito público acima citadas, e de outro

---

[386] Um dos indícios que sustentam esta afirmação encontra-se no relatório final da pesquisa coordenada pela professora Arícia Fernandes Correia sobre a efetividade dos instrumentos de regularização fundiária urbana na realização do direito à moradia. Nesta ocasião, constatou-se por meio de questionários que o Ministério Público e a Defensoria Pública não se compreendem como atores públicos que protagonizam um importante papel na realização do direito à moradia, mediante a sua atuação nos processos de regularização fundiária urbana. (CORREIA, Arícia Fernandes; LUFT, Rosângela Marina; NASCIMENTO, Alessandra dos Santos; CALDAS, Bianca de Fátima Teixeira; LOPES, Evandro Dalbem; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado; MENDONÇA, Rafael da Mota; SILVA, Cláudia Souza Mendes da; PESTANA, Juliana de Fátima Corrêa; LIMA, Luciana Albuquerque. *Op. cit.*, p. 119.)

[387] FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 385. Conforme Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, esta ação pode ser proposta, por exemplo, para exigir que os Municípios garantam aos indivíduos e às entidades da sociedade civil organizada o direito de participarem do processo de elaboração dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. (WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 180.)

lado, os autores dos ilícitos[388]. Estes instrumentos fixarão os prazos e as condições para que os autores das ações ou das omissões ilícitas se adequem "às exigências legais", bem como, prescreverão multas pelo descumprimento das obrigações fixadas. Além disso, este instrumento tem "eficácia de título executivo extrajudicial" e, portanto, caso o autor do ilícito o descumpra, proceder-se-á à sua execução[389].

Assim, o Termo ou Compromisso não atrasará a correção da omissão e não se apresentará mais oneroso. Por exemplo, se o Município cumprir as regras contidas no instrumento, a omissão será solucionada em um prazo razoável – inferior ao prazo para julgamento final da Ação Civil Pública – sem prejuízos ao Ente Público ou à população. Em caso de inadimplemento, o Termo ou Compromisso ensejará a propositura das Ações de Execução cujo julgamento é mais célere do que o das demais ações. Isto é, compelir-se-á o Município a suprir a omissão em um prazo inferior àquele que seria dispendido caso se tivesse dado continuidade à Ação Civil Pública.

Portanto, o Termo ou Compromisso é um instrumento que atrai a concertação, a "consensualidade" e a lógica da "Administração de resultados" para a solução das lides judiciais que envolvem a função social da propriedade pública urbana[390]. Além disso, ele se caracteriza como a norma de decisão que solucionará a omissão municipal e, portanto, não pode ser afastado, exigindo-se a sua execução no caso de inadimplemento. Assim, o Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta não afronta a indisponibilidade do interesse público urbanístico, mas, possibilita que os citados textos jurídico-normativos sejam produzidos em um prazo razoável.

Assim, a seleção da ação adequada a cada situação dependerá do sujeito que a proporá, dos efeitos almejados e do impacto da ausência do texto jurídico-normativo local de Direito Urbanístico na esfera de direitos de um indivíduo ou de um grupo específico de indivíduos. Apesar disso, em maior ou menor grau, todas estas ações podem ser consideradas instrumentos de democratização da gestão dos bens públicos urbanos. Afinal, as entidades da sociedade civil organizada têm legitimidade para propô-las e exigir que os Municípios criem os textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico em consonância à Constituição e ao Estatuto da Cidade[391]. Isto se torna mais evidente diante da possibilidade de propositura do Mandado de

---

[388] Neste sentido, vê-se que as entidades da sociedade civil organizada não têm legitimidade para celebrar os Termos ou Compromissos de Ajustamento de Conduta. Este silêncio legislativo gerou diversas críticas doutrinarias, porquanto, muitas vezes, estas entidades têm mais razões fáticas e informações para elaborar os citados documentos e acompanharem o seu cumprimento do que os demais legitimados. (*Ibid*., p. 126.)

[389] FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 383; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 125-126.

[390] *Ibid*., p. 125.

[391] *Ibid*., p. 176.

Injunção individual e coletivo, conforme a titularidade dos direitos prejudicados pela ausência ou insuficiência de regulamentação que impossibilite a realização dos direitos fundamentais[392].

Não obstante a possibilidade de propositura destas ações, deve-se reconhecer que a ausência de julgados sobre a matéria contribui para gerar controvérsias sobre a aplicação das mesmas[393]. Todavia, estas controvérsias se reduzem nos casos em que o ordenamento jurídico prescreve expressamente o instrumento processual aplicável a determinados casos de omissão municipal. Neste sentido tem-se, por exemplo, o inciso VII, do artigo 52, do Estatuto da Cidade, segundo o qual se proporá Ação de Improbidade Administrativa contra o Chefe do Poder Executivo municipal se ele não desenvolver ações concernentes à elaboração e/ou revisão do plano diretor.

A Ação de Improbidade Administrativa também será proposta se, durante a elaboração do plano diretor, não se criarem oportunidades de participação popular, nos termos do inciso VI, do citado artigo 52. Neste caso não basta que o procedimento de elaboração do plano diretor contenha fases de coleta das opiniões e sugestões da população. Exige-se que estas reuniões se realizem em horários e locais acessíveis a todos, que elas sejam amplamente divulgadas e que, de fato, os seus resultados sejam incorporados nos debates, nos estudos e, se for o caso, no próprio documento local de urbanismo. Dessa forma, o mencionado inciso VI possibilita equiparar a participação popular fictícia à ausência de participação, já que, em ambos

---

[392] Os artigos 2º, 3º e 12, da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, prescrevem: "Art. 2º – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único – Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente. Art. 3º – São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. (...) Art. 12 – O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do Inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único – Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria".

[393] Deve-se notar que esta carência de decisões dos Tribunais Superiores não se restringe a este tema, pois, ao julgarem casos relacionados aos bens públicos urbanos, dificilmente os magistrados analisam a questão com base na função social urbanística. Em consonância às conclusões de Stefano Rodotà, esta raridade ou silêncio é sintomático do descompasso entre a jurisprudência e as inovações constitucionais, legislativas e doutrinárias. Isto é, a função social ainda é uma fórmula que não ingressou no discurso jurisprudencial, que permanece preso a uma concepção desatualizada do regime jurídico dos bens públicos urbanos. (RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 269.)

os casos, os resultados obtidos não correspondem aos anseios, opiniões e propostas apresentadas pelos indivíduos[394].

Todavia, a sobredita ação não alcança os casos em que os legisladores municipais desconsideram os resultados obtidos por meio da participação popular. Segundo o Supremo Tribunal Federal, os fundamentos gerais do devido processo legislativo se encontram nas Constituições da República e dos Estados-membros e nas Leis Orgânicas dos Municípios, mas, as suas especificidades estão nos Regimentos Internos das Casas Legislativas.

Assim, segundo a Corte, a maior parte dos atos que compõem o processo legislativo estão prescritas nos citados Regimentos Internos que, por não terem caráter geral, caracterizam-se como atos *interna corporis*, que não podem ser questionados judicialmente pela população[395]. Como se verá adiante, aparentemente, está-se desenvolvendo no Supremo Tribunal Federal uma nova orientação jurisprudencial que pode impactar nesta orientação majoritária, porém, esta nova exegese ainda não se solidificou.

Como se vê, a orientação jurisprudencial tradicional contraria a democratização da gestão urbanística oriunda da densidade normativa do direito à cidade. Ela também se opõe à centralidade dos direitos fundamentais, entre os quais, encontra-se o devido processo legal, que abarca o devido processo legislativo. Ademais, ela restringe a participação popular ao processo de elaboração dos projetos de leis urbanísticas, mas, não exige que as opiniões e sugestões dos indivíduos sejam consideradas durante a análise, debate e votação destes projetos pelos legisladores. Outrossim, a mencionada orientação jurisprudencial confere uma interpretação

---

394 FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 381.

395 Como resultado desta orientação jurisprudencial, o controle judicial do processo legislativo é visto como medida excepcional devido à Tripartição de Poderes. Nesta hipótese, somente os legisladores de cada Casa Legislativa podem propor ações judiciais para exigir o cumprimento do rito procedimental prescrito nos textos jurídico-normativos acima mencionados. Neste caso, os legisladores poderiam impetrar Mandados de Segurança, nos termos do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição, que prescreve: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".
Compreende-se, na hipótese, que uma das consequências do dever de legislar conferido aos legisladores é a atribuição de um direito líquido e certo de analisarem os projetos de atos legislativos e se manifestarem sobre os mesmos, nos termos previstos pelos textos jurídico-normativos que prescrevem as regras gerais e específicas do processo legislativo. Porém, embora os legisladores possam propor estas ações, na maior parte dos casos, os Tribunais tendem a indeferir esta pretensão, com base no sobredito argumento dos atos *interna corporis*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.247-5/DF*. Impetrante: Orestes Quércia. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 18 de setembro de 1980. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85042>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

reducionista à participação popular – isto é, à expressão da vontade do soberano[396] – o que, também, viola a cidadania.

Além disso, a sobredita orientação não é razoável, porquanto, permite que as informações colhidas durante a participação popular não produzam nenhum efeito sobre a lei que será aprovada pelo Poder Legislativo. Ela também contraria os princípios da prevenção e da precaução, pois, não cria instrumentos aptos a controlar a ação dos legisladores e impedir que eles sejam cooptados – muitas vezes, mediante contraprestações financeiras – para aprovarem leis que se opõem ao direito à cidade.

Estes fundamentos demonstram que é possível o desenvolvimento de outra linha jurisprudencial que se adeque às especificidades do discurso de justificação que precede a elaboração das leis urbanísticas locais. Segundo esta nova orientação exegética, o direito à cidade confere aos indivíduos o direito de exigir judicialmente que as opiniões e sugestões exaradas durante o processo participativo de elaboração dos projetos de leis urbanísticas sejam objeto de deliberação dos legisladores. Além disso, este direito impõe aos legisladores o dever de apresentarem justificativas fortes e convincentes para as propostas de alteração dos citados projetos de lei. Dessa forma, esta nova orientação exegética não tem o escopo de substituir os legisladores, mas, tão-somente deixar claro que a atividade legislativa concernente à produção do Direito Urbanístico está vinculada teleologicamente à realização do direito à cidade[397].

Como se afirmou acima, a não adequação das demais leis municipais ao plano diretor superveniente e a não adequação das leis e planos urbanísticos municipais às leis e planos estaduais supervenientes também são omissões ilícitas dos Municípios. De fato, a

---

[396] O artigo 1º, da Constituição da República, prescreve: "Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

[397] FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 379-380. Em sentido oposto, ao analisar a questão do dever de legislar, em conformidade aos prazos e procedimentos estabelecidos pelo Estatuto da Cidade, Marcelo Figueiredo afirma que: "Conquanto a questão seja tormentosa e de algum modo se enquadre no antigo problema da 'irresponsabilidade do legislador', cremos que há plausibilidade na tese da responsabilização dos agentes políticos se restar comprovada *omissão dolosa passível de ser individualizada*. Mas, reconhecemos que a regra é dirigida de modo especial ao prefeito.

[...]

Digamos que o prefeito encaminhe o projeto e a Câmara não o aprove ou o rejeite, ou mesmo que haja emenda ao projeto original – o projeto pode ser aprovado, com ou sem emendas, ou rejeitado.

Ao que parece, a finalidade do Estatuto é clara. Ele postula a *existência*, a produção do plano diretor, instrumento imprescindível para o regular desenvolvimento do espaço urbano. Sua criação depende de lei, ato complexo por natureza. Executivo e Legislativo têm o dever constitucional de exercer suas competências.

Desse modo, cumpre seu dever o Chefe do Executivo que encaminha o projeto ao Legislativo. Este, por sua vez, igualmente tem o dever de legislar e encaminhá-lo. O processo legislativo deve seguir seu percurso, respeitando toda a regulamentação interna que a matéria exige. Não há como fixar prazos para a aprovação de projetos de lei". (itálico no original) (FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 391 e 392.)

solução destes casos se fundamenta na aplicação do princípio *lex posteriori derogat legi priori* – lei posterior derroga a lei anterior – mas, na prática, a questão pode ser mais complexa, pois, uma ou mais das leis anteriores podem ser especiais face à lei superveniente.

Nestes casos, os Entes Públicos, os beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos e os prejudicados pela omissão municipal podem propor, conforme o caso, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Injunção. Os sobreditos sujeitos também poderão propor ações ordinárias e impetrar Mandado de Segurança contra a omissão municipal, requerendo incidentalmente que o texto jurídico-normativo anterior à lei superveniente seja declarado inconstitucional.

Nesta última hipótese, estar-se-á diante de controle concreto de constitucionalidade e os efeitos da sentença que reconhecer a inconstitucionalidade se restringirão ao autor da ação. Isto é, a sentença o isentará de cumprir, naquele caso, a lei anterior, aplicando-se, por decorrência, a lei superveniente. Contudo, mais uma vez, a ausência de julgados cria controvérsias sobre a possibilidade de se proporem estas ações contra a omissão municipal, cumulando-as ao pedido de decretação de inconstitucionalidade incidental[398].

Conforme o §1º, do artigo 102, da Constituição, e os artigos 1º e 2º, da Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, os legitimados para propor a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão poderão propor também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental[399]. Esta ação será julgada pelo Supremo Tribunal Federal e somente poderá ser proposta quando não houver "outro meio eficaz para sanar a lesividade" decorrente da omissão municipal, nos termos do §1º, do artigo 4º, da citada lei. Ao contrário do que ocorre com o controle concreto de constitucionalidade, a sentença proferida pela Corte terá efeitos *erga omnes*, admitindo-se a modulação dos efeitos *ex tunc*, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social segundo as especificidades de cada caso[400].

---

[398] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 174-175.

[399] O §1º, do artigo 102, da Constituição, prescreve: "Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] §1º – A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Os artigos 1º e 2º, da Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, prescrevem: "Art. 1º – A argüição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único – Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II – (VETADO) Art. 2º – Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II – (VETADO)".

[400] Os artigos 10 e 11, da Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, prescrevem: "Art. 10 – Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. §1º – O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. §2º – Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção

Para a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, os legitimados deverão demonstrar que a omissão municipal descumpre um "preceito fundamental", conceito que ainda encontra dificuldades em ser definido pela doutrina e pela jurisprudência. De qualquer forma, tem-se que este conceito jurídico indeterminado abarca a função social da propriedade pública urbana, pois, ela tem sua sede constitucional no inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição, o que lhe confere o *status* de preceito fundamental. Além disso, o seu cumprimento é pressuposto para a realização daqueles direitos fundamentais de expressão ou impacto territorial que somente podem ser realizados em imóveis públicos urbanos.

Apesar da ausência de julgados, a identificação da função social da propriedade pública como um preceito fundamental autoriza afirmar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um mecanismo adequado contra todos os casos acima citados. Dessa forma, ela pode ser aplicada aos casos de omissão mais simples e, até mesmo, aos casos mais complexos, como aqueles relacionados às hipóteses em que os legisladores municipais desconsideram os resultados obtidos por meio da participação popular.

Há, ainda, as ações municipais ilícitas que podem ocorrer durante o discurso de justificação. Neste caso, tem-se, por exemplo, a criação de leis municipais supervenientes que contrariam o plano diretor ou que impedem a sua realização. Outra ilustração pode ser encontrada nos casos em que os parâmetros e índices urbanísticos do plano diretor eliminam uma das prerrogativas proprietárias públicas.

No que concerne ao primeiro exemplo tem-se que as leis urbanísticas – os planos diretores e as demais leis que dele decorrem – caracterizam-se como um caso especial de aplicação da regra geral *lex posteriori derogat legi priori*. Afinal, como se viu, o processo de elaboração das leis urbanísticas é precedido de uma fase de participação popular. Assim, em razão do princípio do paralelismo das formas, a revisão/alteração destas leis e a elaboração de novas leis municipais que impactem na eficácia das primeiras, devem ser precedidas de uma fase participativa para coleta de opiniões e sugestões da população.

Ademais, conforme o §1º, do artigo 182, da Constituição, e o *caput* do artigo 40, do Estatuto da Cidade, o plano diretor é o instrumento basilar da Política Urbana municipal.

especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. §3º – A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Art. 11 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Por conseguinte, além dos sobreditos aspectos formais, as leis municipais supervenientes que não objetivem alterar/revisar o plano diretor devem se harmonizar com o seu texto, sob pena de não possuírem o fundamento de validade necessário para que possam produzir efeitos jurídicos.

Com base nestes fundamentos, uma nova lei municipal que contrarie ou impeça a realização das leis urbanísticas pode causar prejuízos concretos e específicos aos Entes Públicos, aos beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos e à população em geral. Assim, estes sujeitos podem propor ao Poder Judiciário ações ordinárias ou Mandado de Segurança para questionar os impactos da lei superveniente sobre a sua esfera de direitos e, neste caso, eles poderão requerer a declaração de inconstitucionalidade como medida incidental. Além disso, os legitimados para propor a Ação de Inconstitucionalidade também poderão propor perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O segundo exemplo acima citado se refere à fixação dos parâmetros e índices urbanísticos contidos nas leis municipais que objetivam conformar as prerrogativas proprietárias. Porém, como estes parâmetros e índices se aplicarão a situações fáticas pré-constituídas, há a possibilidade de, em um caso concreto, eles eliminarem uma das prerrogativas proprietárias.

Quando esta situação ocorre em um imóvel particular, está-se diante da teoria do esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. Isto é, os parâmetros e índices urbanísticos passam a impor ao proprietário um dever de suportar a realização do interesse público urbanístico superior à carga imposta aos demais indivíduos em situações semelhantes. Assim, estes parâmetros e índices urbanísticos se desnaturam enquanto vínculos conformativos e se tornam vínculos expropriatórios, configurando-se como uma espécie de desapropriação indireta que confere ao proprietário particular o direito de ser indenizado.

Todavia, quando as prerrogativas proprietárias eliminadas pelas leis municipais se referem a bens federais e estaduais, a sobredita teoria não se aplica. Recorde-se que o §2º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, expressamente proíbe que os Municípios desapropriem bens pertencentes à União, aos Estados-membros e às pessoas jurídicas de direito público criadas por eles.

Portanto, *in concreto*, a sobredita lei contrariou frontalmente o sobredito Decreto-Lei e, portanto, se configura como um abuso de poder, pois, o Município extrapolou as competências para promover a desapropriação que lhe foram atribuídas pelo sistema jurídico. Assim, os proprietários públicos e os beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos impactados por estes textos jurídico-normativos poderão propor Ações Ordinárias ou Mandado

de Segurança[401]. Nesta última hipótese os Entes Públicos e os beneficiários deverão comprovar de forma imediata o impacto concreto da lei sobre sua esfera de direitos e, em ambos os casos, requererão ao Poder Judiciário que seja afastada a aplicação da lei municipal em relação a eles.

Em síntese e em consonância à nova tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pode-se reconhecer que as ações ou omissões ilícitas durante o discurso de justificação maculam o direito subjetivo público à legislação – ou à produção dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. Afinal, estes textos jurídico-normativos são o fundamento para a realização da Política Urbana prescrita pela Constituição e são imprescindíveis à definição da função social da propriedade pública e, assim, para o exercício do direito à cidade[402].

No que concerne ao direito subjetivo público à legislação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Constituição prescreve as bases para a elaboração de diversas políticas públicas sem as quais se esvazia o conteúdo normativo dos direitos fundamentais. Assim, a Corte decidiu que a omissão legislativa em criar estas políticas públicas desrespeita a Constituição, o que não pode ser justificado, por exemplo, por argumentos de caráter econômico. Afinal, a efetividade dos direitos fundamentais é pré-condição para a realização da dignidade humana que justifica a própria existência do Estado[403].

Todavia, o citado direito subjetivo público não é satisfeito por meio da edição de leis que, quando analisadas, mostrem-se incapazes de implementar adequadamente as políticas públicas prescritas pela Constituição. Isto porque, leis que se distanciem dos parâmetros constitucionais são incapazes de realizar os direitos fundamentais.

Dessa forma, o principal efeito das ações judiciais supracitadas é corrigir as ações ou omissões ilícitas ocorridas no discurso de justificação das leis urbanísticas e, assim, satisfazer o sobredito direito subjetivo público. Porém, as decisões judiciais proferidas nos

---

[401] O *caput* do artigo 1º, da Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, prescreve: "Art. 1º – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

[402] Para Edésio Fernandes, o direito subjetivo público à legislação no âmbito do Direito Urbanístico se denomina de direito ao planejamento urbano. Isto é, o direito com fundamento constitucional no artigo 182, que abrange o direito de "participação democrática no processo decisório da ordem urbanística" e "o direito de todos terem suas cidades planejadas em processo de ordenamento territorial definido de acordo com critérios econômicos e socioambientais". (FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSÍN, Betânia. *Direito urbanístico*: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11. Em sentido próximo: LUFT, Rosângela Marina. *Políticas...*, p. 152 e 166.)

[403] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337/SP*. Agravante: Município de São Paulo. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 22 abr. 2016. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 130. Ao analisar a omissão administrativa em criar as estruturas e órgãos necessários para executar as sobreditas políticas públicas, Pietro Perlingieri chegou a conclusões semelhante. Para mais informações: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 12-13. Em sentido semelhante: FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 13.

citados casos produzem um efeito secundário: a redução da capacidade de inovação legislativa. Afinal, as sentenças fixarão parâmetros de constitucionalidade e de legalidade que, obrigatoriamente, deverão ser respeitados pelos legisladores municipais, sob pena de esta nova lei ser considerada contrária à Constituição ou às leis federais ou estaduais[404].

2.3.3.3.2 Algumas hipóteses de ilicitude durante o discurso de aplicação da função social da propriedade pública urbana

Como se viu, os vícios durante o discurso de justificação não podem ser desprezados, pois, eles prejudicam ou, até mesmo, impedem que se atribua uma afetação concreta aos bens públicos urbanos. Contudo, a análise do controle judicial dos vícios durante o discurso de justificação também se mostra importante por fornecer elementos para se compreender a atuação do Poder Judiciário na correção do descumprimento da função social da propriedade pública urbana no discurso de aplicação.

Diversamente do que ocorre no discurso de justificação, no discurso de aplicação o controle judicial não se restringe aos Municípios. Neste caso, já existem as leis urbanísticas locais necessárias para conformar as prerrogativas proprietárias e para definir as possíveis destinações que podem ser atribuídas aos diversos bens públicos. Assim, o controle judicial das ilicitudes que, eventualmente, podem ocorrer no discurso de aplicação alcança todos os Entes Públicos e, também, os beneficiários públicos ou privados de títulos de uso privativo de bens públicos.

No mesmo sentido do que se afirmou anteriormente, os vícios ocorridos durante o discurso de aplicação também podem se apresentar de várias formas, o que impossibilita enumerar exaustivamente todas as hipóteses em que eles podem ocorrer. Não obstante, todas estas hipóteses apresentam um ponto em comum, pois, direta ou indiretamente, elas se referem ao descumprimento dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico responsáveis por definir a função social da propriedade pública urbana.

Ademais, de forma similar ao que se viu acima, estes vícios também decorrem da ação ou da omissão dos proprietários públicos e dos beneficiários de títulos de uso privativo de bens públicos. Em alguns casos, estes vícios se referirão aos atos de afetação ou de desafetação

---

[404] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 346; HÄBERLE, Peter. *Op. cit*, p. 49; COSTA, Igor Sporch da. *A natureza*...

dos bens públicos e, em outros, eles se relacionarão ao descumprimento dos planos diretores e das leis urbanísticas municipais que decorrem deles[405]. Além disso, estes vícios podem se restringir aos atos jurídicos relacionados à atribuição de uma destinação concreta ao bem, ou podem alcançar situações concretas de impacto fático imediato.

Devido à grande variabilidade mencionada, as enumerações aqui apresentadas têm um caráter meramente ilustrativo. Assim, elas obviamente, não esgotam todas as hipóteses de ações ou omissões que descumprem ou dificultam a realização da função social urbanística durante o discurso de aplicação[406].

As omissões ilícitas mais corriqueiras se referem à não-identificação dos bens públicos e à não atribuição de qualquer afetação lícita aos bens já identificados[407]. Neste mesmo grupo se insere a não-realização das intervenções públicas prescritas nos planos diretores, o que, na maior parte dos casos, é acompanhado do silêncio das leis orçamentárias quanto à destinação de recursos para o custeio das mesmas.

Quanto aos casos de ações ilícitas, podem-se citar, por exemplo, a atribuição de uma afetação concreta ao bem público que contraria a destinação urbanística atribuída pelo plano diretor ou demais leis urbanísticas à zona em que este imóvel se situa. Ainda no que concerne à afetação, existem as hipóteses em que os bens públicos são destinados para finalidades diversas daquelas que são admitidas pelos instrumentos empregados para a aquisição destes bens. Neste mesmo sentido, inserem-se os casos em que o Ente Público altera a afetação do bem, em discordância à destinação urbanística da zona em que ele se localiza, ou em contrariedade ao instrumento de aquisição.

Outras ilustrações relativas às ações ilícitas são o descumprimento das regras municipais sobre a realização de intervenções urbanísticas e sobre o funcionamento das atividades públicas. Também se podem mencionar os casos em que as decisões relacionadas aos bens públicos – como por exemplo, a sua alienação – não atendem às formalidades

---

[405] Como nem todos os Municípios brasileiros são obrigados a elaborarem planos diretores, tem-se que os vícios abarcados nesta última hipótese também podem ocorrer em locais desprovidos deste documento local de urbanismo. Este é o caso, por exemplo, de qualquer Ente Público que afeta um bem de sua propriedade em dissonância à Lei Municipal de Zoneamento e Uso e Ocupação do Solo. Outra ilustração é a realização de intervenções urbanísticas sem as licenças municipais ou em contrariedade aos Códigos Municipais de Obras.

[406] Podem-se mencionar outras hipóteses que não constam da enumeração acima, como, por exemplo, os casos em que os proprietários públicos descumprem as leis que prescrevem que eles devem transferir bens às entidades de direito público ou de direito privado criadas por eles. Outras ilustrações podem ser encontradas na omissão municipal em fiscalizar as obras públicas federais e estaduais ou na omissão dos proprietários públicos fiscalizarem as destinações concretas que os beneficiários de títulos de uso privativo atribuem aos bens públicos. Em todos estes casos, porém, aplicam-se os instrumentos judiciais que serão analisados posteriormente, desde que preenchidos os requisitos processuais para a propositura das citadas ações perante o Poder Judiciário.

[407] FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 384.

essenciais prescritas pelo ordenamento jurídico. Outrossim, inserem-se neste último exemplo, os casos em que os motivos fáticos e jurídicos apresentados pelos decisores são insuficientes. Neste mesmo sentido, incluem-se as hipóteses as decisões insertas na competência discricionária técnica, em que os elementos técnicos de conveniência e de oportunidade não são considerados ou são avaliados de forma inadequada.

Como se vê pela descrição de todas estas ações e omissões ilícitas, muitas delas se inserem no âmbito das competências discricionárias – técnicas ou não – dos proprietários públicos. Dessa forma, as decisões proferidas pelos juízes nas diversas ações judiciais que envolvam estas ações encontram limites na concepção brasileira de Tripartição dos Poderes.

Estes limites impedem que os juízes substituam os gestores públicos, avaliando a conveniência e a oportunidade e selecionando a opção adequada àquele caso – a opção que preencherá, adequadamente, o conteúdo semântico do interesse público urbanístico. Todavia, reconhecer estes limites não impede o controle judicial, pois, ao analisar os elementos fáticos e jurídicos que compõem o caso concreto, os juízes verificarão se as decisões dos gestores públicos estão em consonância ao interesse público urbanístico. Assim, as sentenças determinarão se as decisões administrativas são adequadas ou não e, caso elas não sejam, ordenar-se-á que o gestor público reavalie o caso e profira nova decisão, com base nos parâmetros legais e constitucionais insertos na sentença judicial. Isto é, as sentenças não determinarão o que é o interesse público urbanístico, mas, elas determinarão que a decisão do gestor público não é/não atende o direito à cidade[408].

Feita esta ressalva e com base na descrição sumária de algumas das hipóteses de ilicitude que podem ocorrer durante o discurso de aplicação da função social da propriedade pública urbana, podem-se apresentar os principais instrumentos de controle judicial aptos a corrigi-los. Assim, para melhor compreensão dos mesmos, eles serão tratados a seguir.

[408] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Op. cit.*, p. 152; VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 490; FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 25, 127 e 130; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro...*, p. 142. Dessa forma, o controle exercido pelo Poder Judiciário durante o discurso de aplicação permite que se avalie o preenchimento semântico que orientou o processo de tomada de decisões acerca da afetação concreta atribuída aos bens públicos. Assim, a densidade normativa da função social da propriedade pública urbana e do direito à cidade afasta críticas como as de Hayek, para quem, o planejamento esvazia os vocábulos de significados precisos, pois estes somente seriam de conhecimento do órgão público responsável pela elaboração e execução dos planos. (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho...*, p. 157.)

2.3.3.3.3 Os instrumentos de controle judicial aplicáveis ao discurso de aplicação

Ao contrário do que ocorre no discurso e justificação, os casos de descumprimento da função social da propriedade pública urbana no discurso de aplicação não se referem à omissão legislativa ou à produção de leis contrárias ao interesse público urbanístico. Ele pressupõe que os textos jurídico-normativos locais já existem, que eles são consonantes à Constituição e às demais leis e que eles definem os parâmetros aptos a determinar o conteúdo jurídico da função social da propriedade pública urbana. Assim, tem-se que os citados casos de descumprimento além de inconstitucionais são também ilegais, porquanto contrariam os textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico, notadamente, aqueles criados pelos Municípios.

Dessa forma, em comparação ao discurso de justificação, tem-se que as hipóteses de controle de constitucionalidade das omissões ou ações ilícitas ocorridas durante o discurso de aplicação são mais restritas. Em linhas gerais elas se resumem à propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e à declaração de inconstitucionalidade requerida como medida incidental em outras ações judiciais[409].

Em relação à primeira hipótese, recorde-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelos legitimados a promoverem as Ações de Inconstitucionalidade. Deve-se recordar, ainda, que todas as condutas ilícitas acima descritas se corporificam em atos normativos, ainda que estes sejam de efeito concreto, e que o objetivo da sobredita ação é a retirada destes atos do sistema jurídico. Ademais, devido aos fundamentos anteriormente explicitados, a função social da propriedade pública urbana é um preceito fundamental, o que justifica a propositura da referida ação.

No que concerne à declaração de inconstitucionalidade como medida incidental, tem-se que ela pode ser requerida em qualquer uma das diversas ações judiciais que tenham por escopo discutir a antijuridicidade ocorrida durante o discurso de aplicação[410]. Assim, ao

[409] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 264; BONIZZATO, Luigi. *Op. cit.*, p. 175-176.

[410] Nestes casos, deve-se recordar a controvérsia doutrinária relacionada à anulação dos atos administrativos relacionadas aos bens públicos urbanos, decorrentes dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade como medida incidental. Segundo Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, as sentenças proferidas no julgamento de algumas espécies de ações judiciais têm efeitos *erga omnes* o que, para alguns doutrinadores é incompatível com a declaração de inconstitucionalidade como medida incidental, cujo efeito se restringe às partes que compõem o litígio. Assim, para estes doutrinadores "o controle difuso da inconstitucionalidade se estaria convertendo, de forma oblíqua e indevida, em controle concentrado". Dessa forma, para eles, o citado pedido incidental suprime a competência do Supremo Tribunal Federal realizar o controle concentrado de constitucionalidade, nos termos prescritos pela alínea *a*, do inciso I, do artigo 102, da Constituição, que prescreve: "Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição,

contrário da primeira hipótese, o rol de legitimados para requererem a citada medida incidental é mais amplo, devido à multiplicidade de ações judiciais que podem ser propostas para corrigir as mencionadas práticas ilícitas. Além disso, objetiva-se que o juiz, antes de decidir o mérito da ação, aprecie se as ações ou omissões públicas contrariam o Texto Constitucional e, neste caso, determine a não aplicação do ato administrativo ao caso, ou que se expeça o ato de forma consentânea à Constituição.

Não obstante a possibilidade de discutir a inconstitucionalidade das citadas ações e omissões, a restrição do rol de legitimados para propor a primeira ação e as dificuldades inerentes ao controle de constitucionalidade podem ser óbices para que esta via seja empregada[411]. Assim, pode-se conjeturar que o controle judicial das ações e omissões ilícitas

---

cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal".
Este seria o caso, por exemplo, da Ação Civil Pública. Conforme a atual redação do artigo 16, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, tem-se que: "Art. 16 – A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".
Não obstante estas oposições, Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior afasta esta exegese. Para ele, as Ações Civis Públicas que contenham o pedido de declaração de inconstitucionalidade como medida incidental não têm como objetivo principal a declaração de inconstitucionalidade. Na realidade, este pedido é uma "questão prejudicial" que não afasta a possibilidade da Corte reapreciar o caso, por exemplo, mediante Recurso Extraordinário, nos termos do inciso III, do artigo 102, da Constituição. Neste sentido, prescreve a Constituição: "Art. 102 – [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".
Ademais, como recorda o autor, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Reclamação n. 600-0/190-SP, examinou os argumentos acima e decidiu que, especificamente no caso da Ação Civil Pública, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como medida incidental não suprime a competência da Corte. Neste sentido: "Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei n. 8.024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência da lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acordão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo à vista do art. 102, III letra *b*, da Lei Maior, eis que a decisão definitiva da Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada a sua invalidade, quer em abstrato, na via concentrada, originariamente pelo STF (CF, art. 102, I, *a*), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto do julgamento. Nas ações coletivas, não se nega, evidencia, também, à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, *ut* art. 16, da Lei n. 7.347/1997 (*sic.*), não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo". (itálico no original) (WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 181-182; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 600-0-190/SP*. Reclamante: Banco Sudameris Brasil S/A. Reclamado: Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 03 de setembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86899>. Acesso em: 28 dez. 2016.)

[411] Como os Municípios, os indivíduos em geral e as entidades locais ou regionais da sociedade civil organizada não têm legitimidade para propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dificilmente ela

durante o discurso de aplicação da função social da propriedade pública urbana adotará instrumentos que se restringirão à discussão da ilegalidade destas condutas.

Dessa forma, com base nesta hipótese, tem-se que os Entes Públicos, as entidades da sociedade civil organizada e os indivíduos poderão impetrar Mandados de Segurança para discutir as ilicitudes ocorridas no discurso de aplicação. Afinal, nos termos do artigo 1º, da Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, esta ação se dirige a proteger direito líquido e certo contra ilegalidades ou abuso de poder cujo causador seja autoridade pública. Este é o caso dos proprietários de imóveis desapropriados pelos Municípios para a realização de intervenções urbanísticas sem fundamento nos planos diretores e nas demais leis urbanísticas deles decorrentes. Outro exemplo é o caso dos proprietários de imóveis desapropriados por qualquer Ente Público, quando este destine o imóvel para a realização de uma atividade não admitidas naquela zona do território municipal.

Em consonância ao último exemplo citado tem-se que os moradores de imóveis próximos a bens públicos podem propor diversas ações contra os seus proprietários ou os beneficiários de títulos de uso privativo. Nestas hipóteses eles podem discutir a realização de intervenções ou de atividades que não sejam admitidas na zona em que o imóvel se localiza, falta de conservação de imóveis que ameacem ruína ou que se encontrem abandonados e, portanto, tornem-se ambiente para a proliferação de vetores de diversas doenças[412]. Eles

será empregada contra o descumprimento da função social no discurso de aplicação. Afinal, os casos de descumprimento se caracterizam, principalmente, pelo desrespeito às leis urbanísticas locais.

No que concerne às dificuldades inerentes ao controle de constitucionalidade, deve-se recordar que, em razão da presunção de constitucionalidade dos atos exarados pelos Entes Públicos, os juízes são muito receosos em declarar que estes atos ferem a Constituição. Outrossim, os profissionais ocupados da aplicação judicial do Direito ainda têm muitas dificuldades em reconhecer a densidade normativa da Constituição e a empregar os meios de controle de constitucionalidade, notadamente, nos casos relacionados ao controle concreto.

Outros elementos também contribuem para se afirmar que o controle de constitucionalidade quanto ao descumprimento da função social no discurso de aplicação encontra obstáculos. Não se pode esquecer que o Direito Urbanístico brasileiro, devido à sua novidade, ainda é disciplina de pouco conhecimento dos diversos profissionais ligados à solução de litígios judiciais. Além disso, ainda vige no Brasil uma concepção em que a gestão dos bens públicos está imune às conformações constitucionais e legais que conformam as prerrogativas dos proprietários, dos gestores públicos e dos beneficiários de títulos de uso privativo destes bens. (CORREIA, Arícia Fernandes; LUFT, Rosângela Marina; NASCIMENTO, Alessandra dos Santos; CALDAS, Bianca de Fátima Teixeira; LOPES, Evandro Dalbem; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado; MENDONÇA, Rafael da Mota; SILVA, Cláudia Souza Mendes da; PESTANA, Juliana de Fátima Corrêa; LIMA, Luciana Albuquerque. *Op. cit.*, p. 112, 119 e 122.)

[412] O artigo 1278, do Código Civil, prescreve que os proprietários e moradores de prédios vizinhos a edifícios públicos ou imóveis que se sujeitem a obras e intervenções públicas devem tolerar os inconvenientes e prejuízos decorrentes destas atividades. Todavia, estes indivíduos têm o direito de serem indenizados pelos danos e prejuízos sofridos e, segundo o artigo 1279, do mesmo Código, eles também têm o direito de exigirem judicialmente a redução ou a eliminação das interferências sempre que isto seja possível. Dessa forma, o ordenamento jurídico impõe aos Entes Públicos o dever de realizarem as citadas atividades em consonância ao princípio da razoabilidade, sob pena de as mesmas serem consideradas ilícitas.

Igualmente, o artigo 1280, do Código Civil, confere aos proprietários e moradores de prédios vizinhos a edifícios em ruína – sejam eles privados ou públicos – o direito de exigirem judicialmente a sua demolição.

também podem discutir a omissão da realização de obras e outras intervenções públicas que objetivam garantir equipamentos, infraestruturas e serviços públicos que dotariam aquela região de condições para realização do direito à cidade.

Os indivíduos que sofrerem danos em razão da ação ou da omissão do proprietário público e dos beneficiários de títulos de uso privativo também podem propor Ações Indenizatórias ou de Reparação dos danos eventualmente sofridos[413]. No caso de danos decorrentes das ações dos Entes Públicos, conforme o §6º, do artigo 37, da Constituição, o autor da ação deverá comprovar o dano sofrido e que a ação que produziu este dano é imputada ao proprietário público, sem necessidade de provar que o agente atuou com dolo ou culpa[414]. Nos casos de danos decorrentes da omissão, dever-se-á comprovar que a ausência da ação do proprietário público contribuiu para o dano, sem necessidade de o autor da ação identificar quem foi o agente causador do citado dano[415].

Além disso, como todos os atos de descumprimento da função social da propriedade pública urbana se caracterizam por sua antijuridicidade, eles ensejam a propositura de Ações

---

Afinal, neste caso, a demolição se constitui em medida preventiva aos danos que podem advir do desmoronamento da citada edificação.

[413] Estes casos já foram analisados quando se examinaram as formas e os efeitos dos atos de afetação e de desafetação dos bens públicos. Naquela ocasião, as hipóteses de propositura das sobreditas ações foram ilustradas por meio de dois casos: a interrupção de procedimentos cirúrgicos realizados em um hospital público cujas dimensões das salas de cirurgia são inadequadas e a interrupção dos citados procedimentos devido ao mau estado de conservação do citado prédio público.

[414] Prescreve o §6º, do artigo 37, da Constituição da República: "Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] §6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Note-se que a Constituição prescreveu que a responsabilidade extracontratual dos Entes Públicos será apurada com base nos critérios da teoria da responsabilidade objetiva, o que significa que, até mesmo atos lícitos que causem danos a terceiros, são passiveis de serem indenizados. Não obstante, os casos relacionados ao descumprimento da função social da propriedade pública urbana se inserem em condutas ilícitas, devido à densidade normativa deste princípio.

[415] Neste caso, está-se diante da adoção da teoria francesa da "*faute du service*" – culpa anônima do serviço. Imagine-se que em razão da omissão reiterada do Estado-membro em realizar obras de drenagem e limpeza do leito e das margens de um rio estadual, este tenha transbordado devido ao volume de chuvas ocorrido em dada localidade e, assim, as águas tenham causado danos aos imóveis vizinhos. Neste caso, embora o sobredito volume de chuvas não possa ser imputado ao Ente Público, ele será responsabilizado pelos danos na proporção em que a sua omissão tenha contribuído para gerar os citados danos.

Todavia, nem toda a omissão pública implicará na aplicação da sobredita teoria. Nos casos de omissões específicas, em que o Ente Público tinha o dever de evitar o dano, mas, não o fez, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva, pois, a omissão pública é a causa imediata e única do dano sofrido pela vítima. Porém, nos casos de omissões genéricas dos Entes Públicos, adotar-se-á a teoria da "*faute du service*".

Na omissão genérica não há um nexo de causalidade imediato entre a omissão pública e o dano, pois, este foi provocado por terceiro ou por evento estranho ao Ente Público que somente o poderia ter evitado se, naquele momento, estivessem presentes agentes públicos em número suficiente e com condições de agir. Assim, apesar de a omissão genérica não ser a causa direta do dano, ela pode gerar o dever de o Ente Público indenizar, caso se comprove que ele foi omisso em realizar suas atribuições ou as realizou de forma defeituosa ou tardiamente.

de Improbidade Administrativa. Nesta hipótese, nos termos do artigo 11, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, não importa se as ações ou omissões causaram danos ao Erário ou enriquecimento indevido de terceiros, pois, a violação dos princípios da Administração Pública são atos de improbidade[416].

Embora o citado artigo 11 sustente a propositura destas ações, o artigo 52, do Estatuto da Cidade, explicitamente, prescreveu três hipóteses em que os prefeitos municipais podem figurar no polo passivo das Ações de Improbidade Administrativa. Neste sentido, insere-se a omissão municipal em aproveitar adequadamente, em até cinco anos, os imóveis adquiridos por meio da desapropriação pelo descumprimento da função social. Também ensejarão a propositura da citada ação judicial se o Município adquirir, por meio de direito de preempção, imóveis por valores superiores ao de mercado e se estes bens forem utilizados para fins diversos daqueles prescritos em lei[417].

Também a Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, confere legitimidade para que alguns indivíduos ou entidades da sociedade civil proponham ações judiciais. Conforme o seu artigo 6º, o ocupante de imóvel público urbano ou entidade que os represente proporão ação para requerer que o juiz declare por meio de sentença judicial a concessão de uso especial para fins de moradia. Esta ação somente será proposta depois de transcorridos doze meses do pedido administrativo para a outorga do título e desde que o proprietário público se omita ou se recuse em atender a demanda[418].

---

[416] O artigo 11, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, prescreve: "Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV – negar publicidade aos atos oficiais; V – frustrar a licitude de concurso público; VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII – descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX – deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. X – transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24, da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990".

[417] Os incisos II, III e VIII, do artigo 52, do Estatuto da Cidade, prescrevem: "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 n. 8.429, de 02 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; III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; [...] VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado".

[418] O artigo 6º, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, prescreve: "Art. 6º – O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial. §1º – A Administração

Os títulos de uso privativo de bens públicos que não se caracterizem por sua precariedade[419], conferem aos beneficiários a prerrogativa de propor ações ordinárias contra atos e omissões dos proprietários públicos que os impeçam de exercer os direitos contidos nos títulos. Os beneficiários requererão ao Poder Judiciário que os Entes Públicos sejam condenados a praticarem ou se se absterem de praticar atos contrários ao disposto nos citados títulos. Afinal, estas condutas tolhem as prerrogativas que lhes foram conferidas e, portanto, contrariam a afetação concreta atribuída ao bem por meio dos citados atos administrativos.

Além destes casos, poder-se-ão propor Ações Civis Públicas, por meio das quais, os autores requererão que o juiz determine que os proprietários públicos cumpram obrigações de fazer ou de não fazer. Isto é, estas ações também poderão ser propostas para corrigir as omissões e ações ilícitas ocorridas durante o discurso de aplicação[420].

Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo. §2º – Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família. §3º – Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença. §4º – O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis".

Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro reconheça a possibilidade de propositura da citada ação, dados obtidos em pesquisas empíricas sobre as mesmas indicam que os indivíduos e a sociedade civil organizada têm evitado recorrer ao Poder Judiciário para garantir o direito à moradia nestes casos. Conforme se constatou, muitos juízes "procrastinam indefinidamente decisões dessa modalidade" ou, ainda, "buscam interpretações restritivas dos dispositivos legais buscando justificativas para exigências descabidas ou para extinção sem julgamento do mérito".

Portanto, este resultado indica que o atendimento desta demanda envolve outras formas de atuação dos indivíduos e das sobreditas entidades. Por exemplo, eles têm exercido pressões sociais e políticas mediante manifestações populares que objetivam sensibilizar os agentes públicos e a sociedade em geral. Todavia, há o risco de que esta forma de atuação fomente a manutenção ou o restabelecimento de práticas clientelistas, por meio das quais, o desenvolvimento de políticas públicas de regularização de imóveis públicos ocupados seja acompanhado de trocas de favores políticos ou da "venda" de apoio político nas eleições. (*Ibid*., p. 119 e 122-123.)

[419] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 128. A maior parte dos títulos de uso privativo de bens públicos se caracteriza pela estabilidade das relações jurídicas criadas, isto é, eles não autorizam que os proprietários públicos retomem os bens, salvo se o beneficiário descumprir a finalidade ou as condições jurídicas prescritas nos citados documentos. As principais exceções a esta característica se encontram na autorização e na permissão de uso de bens públicos.

Porém, como salienta Juarez Freitas, há a tendência de que estes títulos também deixem de se caracterizar por sua precariedade. Segundo ele, cada vez é mais comum que estes títulos contenham regras que conferem aos beneficiários o direito de uso do bem por um determinado período. Assim, a retomada do bem antes de encerrado este prazo gera ao beneficiário o direito de ser indenizado pela retirada antecipada do direito de uso privativo do seu patrimônio jurídico. Ademais, o dever de motivação dos atos administrativos obriga os proprietários públicos a justificarem suas decisões de retomada antecipada dos bens, o que aliado ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação jurisdicional contribui para enfraquecer a precariedade. (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 83-87.)

[420] BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 406; FREITAS, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 385-387.

Neste sentido, Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior cita diversos casos relacionados aos bens públicos urbanos e ao patrimônio público urbano em que se admitem a propositura da Ação Civil Pública contra ações ou omissões dos Entes Públicos. Segundo ele, esta ação pode ser proposta para obrigar os proprietários públicos a realizarem a regularização fundiária de imóveis públicos ocupados e para protegerem adequadamente e evitarem danos aos bens públicos ou particulares de relevante interesse histórico, paisagístico, arquitetônico,

Como se afirmou acima, esta ação poderá ser proposta pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelas entidades da sociedade civil organizada – associações – e pelas pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas pelos Entes Federados. Ademais, os Entes Federados poderão propor estas ações uns contra os outros. Assim, os Municípios também poderão, por meio da Ação Civil Pública, obrigar a União e o Estados-membros a cumprirem as leis urbanísticas locais. Em sentido inverso, estes Entes Federados também poderão utilizar este instrumento para exigir que os Municípios cumpram a sua própria legislação, ou para que eles giram adequadamente os seus bens urbanos.

Além disso, um Município poderá propor esta ação contra outro Município. Assim, este instrumento é um meio de solucionar os conflitos decorrentes da dissonância entre leis urbanísticas criadas por Municípios vizinhos ou entre as leis de um Município e a afetação que outro atribuiu ao seu bem situado na fronteira entre ambos os territórios. Este é o caso de um Município definir que a zona localizada na fronteira de seu território com outro Município se destinará para fins residenciais e este último afetar os imóveis públicos localizados nas proximidades desta zona residencial para fins de instalação de indústrias poluentes[421].

Ademais, como se viu, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Entes Federados e as pessoas jurídicas de direito público poderão celebrar Termos ou Compromissos de Ajustamento de Condutas para o cumprimento da função social da propriedade pública urbana. No caso de inadimplemento das regras, condições e prazos estabelecidos nos citados

---

artístico etc. Elas também podem ser aplicadas para obrigar os Municípios a desapropriarem os bens particulares que não cumpram sua função social, após transcorridos os cinco anos de aplicação do imposto fundiário progressivo no tempo, nos termos do §4º, do artigo 182, da Constituição. Outrossim, elas podem ser propostas contra a realização de ações concretas que não encontrem fundamentos técnicos, como por exemplo, a instalação de "redutores de velocidade transversais" quando estes não encontrem justificativas nas peculiaridades do tráfego sobre vias públicas específicas.

Ademais, a Ação Civil Pública também pode ser proposta contra os indivíduos e associações de moradores que instalem guaritas de vigilância, portões, barreiras ou quaisquer obstáculos em vias públicas impedindo o livre acesso de transeuntes. Neste caso, inclui-se, também, as hipóteses de contratação de seguranças particulares que exijam que os transeuntes se identifiquem e justifiquem a razão de sua presença no local e o seu destino. Segundo o autor, embora estas medidas possam ser explicadas pelo temor da insegurança urbana, elas são mecanismos que geram a apropriação privada de bens públicos de uso comum da coletividade. Ademais, elas restringem de forma ilícita o direito de livre locomoção dos indivíduos que não residem naquela área e podem, ainda, gerar impactos negativos na circulação de toda a cidade. (WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 177, 199, 203, 198 e 187-188.)

[421] Neste caso deve-se recordar que um dos efeitos decorrentes do sistema federativo brasileiro é que as leis de um Município valem no interior do território deste Município. Assim, segundo uma concepção restrita deste sistema e que desconsidera a cooperação interfederativa, um Município não teria que observar a legislação dos demais Municípios, pois, a sua autonomia seria plena para criar as leis urbanísticas e para afetar os bens municipais, ainda que isto prejudique os habitantes dos demais Municípios.

Todavia, como já afirmava Victor Nunes Leal, um dos efeitos da contemporaneidade é aumentar a complexidade destas relações. Assim, se, inicialmente, os efeitos da maior parte das decisões municipais se restringiam ao território local, atualmente, constata-se que estes resultados podem impactar os Municípios vizinhos, uma região ou, até mesmo, todo o território nacional. (LEAL, Victor Nunes. *Op. cit.*, p. 75.)

Termos ou Compromissos, eles serão objeto de Ações de Execução que objetivarão exigir o cumprimento das obrigações de fazer ou de não-fazer constantes dos citados instrumentos.

Apesar disso, recorde-se que a propositura das ações civis públicas encontra obstáculos fáticos ligados aos legitimados. Há o desinteresse do Ministério Público atuar em ações que envolvem a ordem urbanística, o que tende a se espraiar às Defensorias Públicas. Os Entes Federados e as pessoas jurídicas criadas por eles dificilmente atuarão nesta seara, devido à falta de informações sobre a localização dos bens públicos e sobre a sua destinação real.

Especificamente no que concerne às ações propostas pelos Municípios contra os demais Entes Federados, os gestores municipais temem sofrer represálias destes últimos, o que se fundamenta nos elementos disfuncionais ainda presentes na esfera pública brasileira, entre os quais está o patrimonialismo. Neste sentido, os gestores públicos temem, por exemplo, que, devido à propositura da citada ação, instalem-se serviços ou realizem-se obras federais ou estaduais consideradas prejudiciais pela população local, como é o caso da construção de presídios no território do Município. Outra ilustração pode ser encontrada nos casos em que as citadas ações tenham como resposta a paralisação ou não-realização de obras e intervenções estaduais e/ou federais consideradas benéficas à população local. Enfim, há o temor de os Municípios serem preteridos do acesso a recursos provenientes de transferências voluntárias de recursos públicos federais ou estaduais[422].

Assim, mais uma vez, as entidades da sociedade civil organizada parecem reunir as melhores condições fáticas para a propositura das Ações Civis Públicas. Porém, esta hipótese também encontra obstáculos e, além disso, estas entidades não podem celebrar Termos ou Compromissos de Ajustamento de Condutas. Apesar disso, pode-se reconhecer que a legitimidade para propor a Ação Civil Pública para a defesa da função social da propriedade pública urbana se insere no âmbito da democratização da gestão dos bens públicos urbanos.

Enfim, outra ação que pode ser proposta e que demonstra que a democratização da gestão dos bens públicos urbanos engloba a defesa judicial da realização da função social da propriedade pública urbana é a Ação Popular. Conforme o inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição[423], e o *caput* e o §3º, do artigo 1º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, qualquer

---

[422] *Ibid*., p. 179-180.

[423] O inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição, prescreve: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

cidadão poderá propor a Ação Popular, para requerer a "anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos" ao patrimônio público. Para tanto, o autor da ação somente deverá comprovar o seu *status* de eleitor, não importando as motivações pessoais que levaram a propor a ação[424] – por exemplo, a anulação de um ato administrativo que o prejudicou[425].

Dessa forma, a legitimidade dos indivíduos para a propositura da Ação Popular com o objetivo de exigir o cumprimento da função social da propriedade pública urbana encontra sustentação na titularidade do interesse público urbanístico. A existência da propriedade pública urbana somente se justifica devido à sua vinculação à realização do interesse público densificado na função social urbanística de titularidade dos indivíduos, nos termos do inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição.

Conforme o artigo 2º, da citada lei, propor-se-á a Ação Popular em casos de "incompetência", "vício de forma", "ilegalidade do objeto", "inexistência dos motivos" e "desvio de finalidade". Ademais, os artigos 3º e 4º, da lei mencionada, prescrevem alguns casos específicos que se relacionam aos sobreditos vícios. Em especial, o artigo 3º amplia os casos em que se admitirá a propositura da Ação Popular e, assim, abarca as omissões ilícitas supracitadas[426]. Dessa forma, este último artigo impõe ao julgador o dever de conjugar as regras

---

[424] ROCCO, Rogério. *Op. cit.*, p. 138-139; BONIZZATO, Luigi. *Op. cit.*, p. 82-83; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 195; RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 70-72.

[425] O *caput* e o §3º, do artigo 1º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, prescrevem: Art. 1º – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, §38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. [...] §3º – A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda".

[426] Os artigos 2º a 4º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, prescrevem: "Art. 2º – São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único – Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Art. 3º – Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles. Art. 4º – São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. I – A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais; II – A operação bancária ou de crédito real, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas; b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao

que regem a propositura da Ação Popular e os textos jurídico-normativos que impõe o dever de agir aos Entes Públicos – no caso, a função social da propriedade pública urbana[427].

Neste sentido, pode-se reconhecer que os casos de omissões ilícitas acima citados ensejam a propositura da Ação Popular, nos termos do artigo 3º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. A não-identificação dos bens públicos, a não-afetação deles às destinações públicas admitidas e a não-realização das intervenções públicas prescritas nos planos diretores impedem a realização do direito à cidade, conforme prescrito nos textos jurídico-normativos de Direito Urbanístico. Elas obstaculizam o cumprimento da função social da propriedade pública urbana, pois, desvinculam ilicitamente estes bens do interesse público específico que sustenta a existência da propriedade pública.

No que concerne às ações ilícitas, tem-se que o ato que atribui uma afetação concreta a um bem público urbano em dissonância à destinação urbanística da zona em que ele se situa configura uma hipótese de vício quanto ao objeto. Neste mesmo sentido inserem-se os casos em que a afetação concreta do bem é alterada em discordância à destinação urbanística

---

constante de escritura, contrato ou avaliação; III – A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição; IV – As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos; V – A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais; b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação; c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação; VI – A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando: a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço; b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador; VII – A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais; VIII – O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando: a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais; b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação. IX – A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie".

[427] Além destas hipóteses, a Ação Popular também pode ser proposta nos casos que autorizem a propositura da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade Administrativa – por exemplo, no caso das condutas prescritas pelo artigo 52, do Estatuto da Cidade. Isto porque, nos termos do inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição, a ação popular objetiva anular atos lesivos ao "patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe", ao "meio ambiente", ao "patrimônio histórico e cultural" e à "moralidade administrativa" – que é o gênero do qual os atos de improbidade são espécies. Neste sentido, o autor afirma: "Observa-se, ainda, por derradeiro, que a matéria em comento não estará afeta apenas à ação civil púbica ou à ação de improbidade administrativa. Partindo do princípio de que o artigo 52 traz fontes objetivas violadoras da moralidade administrativa, cabível, também, será a apresentação de ação popular, na medida em que 'o proveito que se espera obter com a decisão que acolhe essa ação (...) é a preservação da ética na Administração; o retorno aos cofres públicos do dinheiro malversado ou desviado; a reposição do meio ambiente agredido ao seu *status quo ante*; a recuperação do prédio de relevante valor histórico ou arquitetônico'". (itálico no original) (WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Op. cit.*, p. 207.)

da zona. Em ambos os casos, o comando contido no ato de afetação contraria o plano diretor e as demais leis urbanísticas locais que, ao realizarem o zoneamento municipal, atribuíram a cada parte do território uma destinação urbanística específica.

Também configuram vício quanto ao objeto os casos em que os bens públicos são destinados para finalidades diversas daquelas que são admitidas pelos instrumentos empregados para a aquisição destes bens. Incluem-se nestes casos, ainda, as hipóteses de alteração de afetação em contrariedade ao instrumento de aquisição. Nos dois casos, o ato de afetação concreta é ilegal porque contraria as regras específicas que vinculam alguns instrumentos de aquisição ao atendimento de uma ou de algumas finalidades específicas.

Porém, a ilegalidade quanto ao objeto do ato de afetação será afastada em algumas hipóteses. Por exemplo, ela não se aplicará quando o instrumento admita a alteração da afetação diante de mudanças fáticas que tornem esta destinação concreta inadequada ou inconveniente – como é o caso da desapropriação. Outra ilustração pode ser encontrada quando o Ente Público afetou o bem adquirido para atender à finalidade contida no instrumento de aquisição e, depois de transcorrido um lapso temporal razoável, esta afetação se tornou inadequada[428].

Por sua vez, o descumprimento das regras municipais sobre a realização de intervenções urbanísticas e sobre o funcionamento das atividades públicas se caracterizam como casos de incompetência. As citadas regras municipais não eliminam as prerrogativas proprietárias públicas, mas, ao contrário, elas conformam estas prerrogativas e prescrevem as formas como elas serão exercidas. Assim, o descumprimento destas regras significa que o proprietário público extrapolou as prerrogativas que lhes foram atribuídas pelos citados textos jurídico-normativos, o que caracteriza estas condutas como excesso de poder.

O descumprimento das formalidades prescritas pelo ordenamento jurídico para a prática de atos relacionados aos bens públicos urbanos constitui um vício quanto à forma dos citados atos administrativos. Este é o caso, por exemplo, do desrespeito quanto ao procedimento para a alienação ou aquisição onerosa dos bens públicos urbanos. Salvo as exceções expressamente constantes do ordenamento jurídico, a alienação dos bens públicos urbanos deve ser precedida de sua desafetação, avaliação, autorização legislativa e da realização de processo licitatório. Por sua vez, a aquisição deve ser precedida de licitação sempre que isto for possível e o preço pago pelo bem deve ser consentâneo ao preço praticado no mercado. Assim, pode-se afirmar que os procedimentos que precedem a aquisição e a alienação de bens públicos são

[428] Se assim não fosse, os bens públicos estariam permanentemente afetados ao mesmo fim, ainda que este se mostrasse contrário ao interesse público que fundamenta a existência da propriedade pública urbana.

formalidades essenciais à validade dos respectivos atos administrativos e a inobservância destas regras torna estas operações nulas[429].

As hipóteses em que os motivos fáticos e jurídicos não são suficientemente fortes para sustentar as decisões acerca dos bens públicos urbanos podem se configurar como vícios quanto à forma ou quanto ao motivo. De um lado, estar-se-á diante de vício quanto à forma se os decisores públicos não explicitarem de forma adequada e convincente as razões fáticas e jurídicas que os levaram a decidir de uma determinada forma. Lado outro, estar-se-á diante de vício quanto ao motivo se por meio da análise destas razões não for possível perceber que os motivos alegados pelos decisores públicos determinaram a sua decisão, o que denotará que se está diante de motivos falsos.

Estes mesmos raciocínios se aplicam aos casos em que os decisores públicos desconsideraram ou avaliaram de forma inadequada os elementos técnicos de conveniência e de oportunidade insertos na sua competência discricionária técnica. Se eles não se desincumbiram do seu dever de demonstrar de forma clara, completa e convincente como procederam a avaliação dos citados elementos, estar-se-á diante de vício quanto à forma, uma vez que a motivação é dever inerente à expedição de qualquer ato administrativo. Porém, se eles desconsideraram os elementos técnicos, ou se decidiram em contrariedade a estes elementos, o caso se configurará como vício quanto aos motivos. Afinal, nesta hipótese, os motivos técnicos indicavam que a decisão devia se dar em um sentido oposto àquele que foi, de fato, adotado pelo decisor.

Todavia, além de se subsumirem aos sobreditos vícios específicos, as ilicitudes citadas também se caracterizam, em maior ou menor grau, como casos de desvios de finalidade[430]. Por meio das citadas ações e omissões antijurídicas insere-se, no âmbito do direito à cidade, interesses sem fundamento na realização dos direitos fundamentais de expressão ou impacto espacial. Dessa forma, estes comportamentos maculam a função social urbanística que fundamenta a existência da titularidade pública dos bens urbanos, porquanto ela é a expressão do interesse público no que concerne ao regime jurídico da propriedade pública urbana[431].

---

[429] Neste sentido, deve-se recordar que a alínea *a*, do inciso V, do artigo 4º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, é explícita ao prescrever que são nulos os casos de aquisição ou alienação de imóveis realizadas em desacordo aos textos jurídico-normativos aplicáveis a estas operações. Neste mesmo sentido a alínea *b* e *c* do citado inciso V, prescrevem que são nulas as aquisições e alienações de bens públicos realizadas por preço diverso daquele praticado no mercado.

[430] Embora o desvio de finalidade seja o vício de mais difícil confirmação, a ocorrência dos demais vícios fornecem fortes indícios que permitem comprovar a ocorrência do primeiro. (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 56-57.)

[431] Como afirmou John Locke, a finalidade do ordenamento jurídico é a sua aplicação para o e pelo "bem da sociedade", de forma que os Entes Públicos exerçam as funções que justificaram a sua própria existência. (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 160.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE II

Nesta última Parte objetivou-se apresentar e analisar elementos que respondessem à indagação que originou as investigações realizadas no decorrer deste trabalho. Assim, fez-se necessário examinar a questão prévia da natureza da relação jurídica de pertença dos bens públicos urbanos. A partir da definição deste ponto e com base nos resultados obtidos na pesquisa em direito comparado, examinaram-se os impactos do Direito Urbanístico sobre o regime jurídico destes bens. Enfim, todos estes dados permitiram apontar o fundamento jurídico da sobredita relação de pertença, analisar o seu conteúdo normativo e demonstrar como este fundamento impacta o regime jurídico dos bens públicos urbanos.

O sistema fundiário brasileiro – e, especialmente, o regime jurídico dos bens públicos – foi fortemente influenciado pelo modelo colonial que Portugal aplicou em sua colônia sul-americana e, em razão do qual se organizou toda a administração colonial. Em linhas gerais, este modelo se caracterizou pela titularidade pública da terra e pela exploração privada do solo, mediante títulos de uso privativo. Estes conferiam aos colonos amplos poderes e, em contrapartida, exigiam que eles defendessem o território e produzissem os bens primários para suprir o mercado europeu, sob pena de as áreas serem retomadas pelo Estado português.

Com a independência, o Império brasileiro sucedeu a Portugal nos direitos sobre o solo e, durante os primeiros anos de sua existência, manteve o mesmo modelo fundiário, não obstante isto permitisse a ocupação de vastas áreas de terras sem autorização estatal. Este modelo somente foi substituído pela Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, que introduziu, no Brasil, o sistema de propriedade privada do solo. Esta lei converteu os sobreditos títulos de uso privativo em títulos de propriedade e prescreveu a possibilidade dos indivíduos desprovidos de títulos, poderiam converter a sua posse em propriedade, desde que comprovassem a efetiva exploração do solo.

O sistema da propriedade do solo somente ganhou contornos mais precisos com a República e a edição do Código Civil de 1916 que fazia clara distinção entre os bens públicos e a propriedade privada do solo, enfatizando-se, neste caso, a questão agrária[1]. A Parte Geral do Código prescrevia as regras genéricas relativas à Teoria dos Bens, enquanto o Livro II, da Parte Especial, trazia as regras aplicáveis aos direitos reais e prescrevia que os bens particulares eram objeto do direito de propriedade.

[1] VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 152.

Por sua vez, os bens públicos foram tratados pelo Código somente para "completar a teoria dos bens"[2], excluindo-os da incidência do direito de propriedade. Isto é, o Código se restringiu a prescrever poucas regras acerca destes bens, como, por exemplo, prescreveu-se que eles pertenciam à União, aos Estados-federados e aos Municípios e que podiam ser alienados nos termos fixados pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, a maior contribuição do Código Civil de 1916 – e que foi incorporada pelo atual Código Civil – refere-se ao estabelecimento da principal classificação brasileira dos bens públicos. Ele prescreveu que os bens públicos se dividiam em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Os bens de uso comum são aqueles que podem ser utilizados por todos os indivíduos, de forma isonômica, mediante contraprestação ou gratuitamente, conforme as regras definidas pelos seus titulares. Os bens de uso especial se destinam à prestação de serviços públicos ou ao funcionamento dos órgãos públicos. Enquanto, os bens dominicais são vistos como aqueles desprovidos de uma destinação pública definida.

Assim, tem-se que a classificação do Código de 1916 se inspirava no modelo francês que divide os bens públicos em bens do *domaine public* – que abarcaria as duas primeiras espécies de bens do direito brasileiro – e bens do *domaine privé* – que englobaria os bens dominicais. Embora seja possível reconhecer a aludida inspiração, não é possível afirmar que a taxonomia brasileira se filie, totalmente, ao modelo francês, pois, no Brasil, todos os bens públicos são relativamente inalienáveis, impenhoráveis[3] e imprescritíveis. Ademais, a concepção brasileira de serviço público é mais restrita do que a francesa, o que significa que bens destinados a determinadas finalidades na França, não podem ser compreendidos como bens de uso especial no Brasil. Além disso, os bens do *domaine privé* francês não são desprovidos de qualquer destinação pública, o que difere do sentido corriqueiro atribuído aos bens dominicais, no Brasil.

Ainda no que concerne à classificação dos bens públicos, em menos de seis anos da edição do Código Civil de 1916, inseriu-se, por meio do Regulamento do Código de Contabilidade Pública de 1922, outra taxonomia no direito brasileiro. Esta se inspirava no modelo italiano e dividia os bens públicos em bens indisponíveis – *demanio pubblico* – que eram desprovidos de caráter econômico – e bens patrimoniais – *beni patrimoniali* – que apresentavam o aludido caráter. Outrossim, os bens patrimoniais se subdividiam em duas

[2] BEVILÁQUA, Clóvis *apud* CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 315.

[3] Durante alguns períodos da história republicana brasileira, admitiu-se a usucapião de bens públicos rurais. Porém, esta possibilidade foi extirpada do direito positivo brasileiro e a jurisprudência é praticamente uníssona em não admitir a *possessio ad usucapionem* dos bens públicos.

categorias. De um lado estavam os bens patrimoniais disponíveis – os *beni patrimoniali disponibili* – os quais podiam ser transferidos a terceiros e podiam ser objeto de operações financeiras. De outro lado estavam os bens patrimoniais indisponíveis – os *beni patrimoniali indisponibili* – que, por se destinarem à prestação de um serviço público, não eram alienáveis e não podiam ser aplicados nas citadas operações financeiras.

Igualmente ao que se afirmou acima, embora se reconheçam as bases italianas desta última taxonomia, também, não se pode afirmar que ela foi integralmente adotada pelo direito brasileiro. Na Itália, salientou-se a destinação dos bens, enquanto, no Brasil, a ênfase foi atribuída à possibilidade de alienação ou não dos mesmos. Esta afirmação pode ser comprovada, por exemplo, pela possibilidade de os *beni patrimoniali indisponibili* italianos serem adquiridos por meio de usucapião, quando não são efetivamente empregados conforme a sua destinação, o que não se aplica a nenhuma espécie de bem público brasileira.

A diversidade de classificações introduzias por diferentes textos jurídico-normativos criados em tão curto espaço de tempo indicam a continuidade das práticas iniciadas no período imperial. Isto é, os bens públicos se mantiveram regidos por leis esparsas, elaboradas de forma a atender interesses particulares ou às concepções que os líderes políticos tinham acerca do interesse público. Estas causas fizeram com que o regime dos bens públicos se caracterizasse pela inflação legislativa[4], pelo caráter fragmentário, pela falta de sistematicidade e pela centralidade conferida aos imóveis rurais e às questões a eles relacionadas[5].

---

[4] "Em prosseguimento às críticas supra aduzidas à legalidade como princípio mor em um Estado que se considera Democrático, e de Direito, ponto deveras relevante é o da produção legislativa inflacionária, vale dizer, desenfreada e sem quaisquer limites razoáveis à sua proliferação excessiva.
Nos contornos, então, do problema referente ao excesso de leis, cumpre assinalar que uma atividade legislativa sem uma adequada política de contenções e, sobretudo, de filtragens, pode levar um Estado à beira do descrédito, o que estaria evidentemente estampado em uma deslegitimação das leis e em um consequente fenômeno de desconsideração dos ditames legais, pois eivados do grave vício de não retratação dos anseios sociais.
Neste diapasão, basilar é a concepção apresentada por José Eduardo de Faria, que, comparando o processo de inflação legislativa com o de inflação econômica, assim aduz:
'*Se, no âmbito da economia a inflação liquida com a reciprocidade de expectativas inerentes às bases contratuais e demais alicerces do mercado, no universo do direito positivo ela implode os marcos normativos fundamentais da vida social; impede a certeza jurídica e ainda acaba contribuindo para reduzir a pó direitos conquistados de modo legítimo*'.
E, em sequência lógica de raciocínio, conclui:
'*Nas duas inflações o resultado termina sendo basicamente o mesmo: as relações permanentes entre os agentes produtivos e os sujeitos de direito tendem a se dar em termos cada vez mais desordenados e imprecisos, e não institucionalmente balizados, a ponto de, numa situação extrema, tornarem-se praticamente desprovidas de sentido*'.
Com efeito, um inchaço das atividades legislativas pode ser prejudicial e contrário a um equilibrado desenvolvimento do país, o qual passa a se ver a mercê de leis absolutamente sem respaldo social e implacavelmente destinadas à garantia de interesses específicos e em desatino com a vontade realmente geral". (Itálico no original). (BONIZZATO, Luigi. *Op. cit.*, p. 103-104.)

[5] Entre estas questões, pode-se mencionar, por exemplo, a lógica da regularização das ocupações de imóveis públicos mediante a atribuição do direito de propriedade aos ocupantes sem se preocupar com a fixação espacial destes indivíduos ou com a permanência deles nestes locais. (VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 152; SAULE JÚNIOR,

Estes elementos contribuíram para que as tentativas de racionalização do regime jurídico e da gestão dos bens[6] não lograssem êxito. Soma-se a isto a urbanização brasileira, acompanhada do agravamento da pobreza, da exclusão e da segregação urbanas, e da ausência, fragmentação e/ou morosidade das ações dos Entes Públicos para intervirem nesta matéria[7].

Todos estes fatores foram responsáveis pela carência de elementos sólidos que prescrevessem as destinações dos bens públicos e que norteassem a produção doutrinária e as decisões dos gestores públicos e do Poder Judiciário. Estas afirmações podem ser ilustradas pela comparação entre os sistemas da Europa Latina Ocidental e o brasileiro, no que concerne aos planos legislativo e doutrinário.

Por exemplo, em raríssimas ocasiões, a legislação brasileira emprega a expressão propriedade pública, enquanto, na França, há um Código Geral da Propriedade das Pessoas de Direito Público – o *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques.* Outra ilustração pode ser encontrada na comparação entre os manuais dos doutrinadores da Europa Latina Ocidental e a produção doutrinária brasileira. Os primeiros apresentam as diversas discussões que culminam no reconhecimento de que a relação jurídica de pertença dos bens públicos tem natureza proprietária. Por sua vez, com raras exceções, os manuais brasileiros silenciam sobre este aspecto, adotando a expressão "propriedade pública" sem se aprofundarem nas aludidas discussões e nos impactos que decorrem do reconhecimento da existência da propriedade pública.

No plano fático, todos os fatores citados contribuíram para gerar as aparências de insuficiência ou de excesso de bens públicos e pela indefinição relacionada aos bens que pertencem aos Entes Públicos e aqueles que são objeto da propriedade privada. Ademais, os citados fatores colaboraram para que a gestão dos bens públicos se caracterizasse por práticas autoritárias, patrimonialistas e clientelistas, as quais, ainda se fazem presentes atualmente[8].

Não obstante as descrições acima ainda se apliquem à realidade brasileira, a partir da década de 1980, as mudanças propiciadas pelo fim da ditadura civil-militar inseriram novos elementos neste cenário. Afinal, a Constituição de 1988, os textos jurídico-normativos criados para regulamentá-la e aqueles que foram recepcionados por ela exigiram a revisão das bases do

---

Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Op. cit.*, p. 54-55.)

[6] Entre estas tentativas de racionalização, pode-se citar, por exemplo, o Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946.

[7] Recorde-se que somente com a Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, criou-se no Brasil um regramento jurídico específico e detalhado sobre o parcelamento do solo urbano.

[8] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 275; CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 164.

sistema jurídico brasileiro e forneceram elementos capazes de sustentar exegeses inovadoras dos seus ramos e institutos.

A Constituição identificou o interesse público à realização dos direitos fundamentais, o que alterou as funções dos Entes Públicos brasileiros e exigiu a refundação do Direito Público. Neste sentido, reconheceu-se que os indivíduos são os titulares do interesse público, pois, são os titulares dos direitos fundamentais. Consequentemente, as prerrogativas, os deveres e a própria existência dos Entes Públicos se justifica em função da adequada gestão deste interesse em benefício dos seus titulares.

Ademais, ao reconhecer a multiplicidade de regimes proprietários, a Constituição permitiu perceber que os atributos, as prerrogativas, as formalidades e as características secundárias que identificam o direito de propriedade estão presentes na relação jurídica de pertença dos bens públicos. Isto permitiu constatar que a relação de pertença dos bens públicos se insere como uma espécie da categoria jurídica "propriedade".

Outrossim, a Constituição permite que se identifique a função social como uma expressão ou uma densificação do interesse público, conferindo a ela o caráter de ponto de interseção lógico-jurídico entre os vários regimes jurídicos proprietários. Afinal, ao garantir o direito de propriedade e a função social em incisos diversos – nos artigos 5º e 170 – a Constituição reconheceu a função social como um direito fundamental do proprietário privado e/ou dos não-proprietários dos bens particulares ou públicos[9].

Se, para alguns autores, o reconhecimento da função social como elemento central e integrador dos diversos regimes proprietários esmaece a distinção entre a propriedade privada e a propriedade pública, a análise dos sistemas jurídicos nacionais permite distinguir estas situações jurídicas[10]. Esta afirmação pode ser ilustrada, no caso brasileiro, pelas influências das principais concepções doutrinárias na conformação da função social da propriedade privada e da função social da propriedade pública.

No Brasil, a conformação da função social da propriedade privada foi construída principalmente com base na Doutrina Social Católica. Segundo ela, a função social tem duas acepções: o princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens particulares e o

[9] Os incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, e os incisos II e III, do artigo 170, todos da Constituição, prescrevem: "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social. Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade".

[10] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 78-79.

princípio da função social dos bens privados. Ademais, a realização *in concreto* da função social depende de o proprietário ser influenciado a empregar suas prerrogativas e atribuir ao bem uma destinação adequada. Por esta razão, o principal meio de os Entes Públicos contribuírem na realização deste fim é a criação de estímulos ou desestímulos dos comportamentos individuais[11].

A esta abordagem se agregou, de forma complementar e subsidiária, a Teoria do Trabalho, conforme desenvolvido por John Locke e seus sucessores, como ilustra, por exemplo, a usucapião imobiliária. Neste cenário, a concepção duguitiana da "propriedade-função", segundo a qual o direito de propriedade impõe deveres ao seu titular apresenta menor força que as demais.

A sobredita ordem de influência se apresenta em sentido diverso no que concerne à função social da propriedade pública. A Doutrina Social da Igreja Católica fornece apenas alguns elementos estruturais de exposição, como é o caso da dupla acepção da função social. A concepção de Locke e seus sucessores tem um papel complementar e subsidiário, pois, ela somente fornece explicações parcelares de alguns aspectos dos direitos incidentes sobre a propriedade pública, como ilustram os direitos garantidos aos ocupantes de bens públicos.

Assim, a principal base teórica da função social da propriedade pública é a concepção duguitiana acerca da "funcionalização" da propriedade. Afinal, a existência jurídica dos bens públicos se legitima em razão da função destes bens na realização dos direitos fundamentais. Isto é, compreender que "a propriedade pública é uma função social"[12] impõe aos Entes Públicos os deveres de exercerem suas prerrogativas proprietárias e de atribuírem aos bens públicos destinações concretas que cumpram a sobredita finalidade.

Além disso, a Constituição e os textos jurídico-normativos infraconstitucionais prescrevem destinações específicas aos bens públicos[13], o que alterou a forma de compreender

---

[11] Neste sentido inserem-se os instrumentos do §4º, do artigo 182, da Constituição, que prescreve: "Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] §4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".

[12] *Ibid.*, p. 129-130.

[13] Neste sentido, os §§4º e 5º, do artigo 225, e os §§1º ao 6º, do artigo 231, da Constituição, bem como o artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prescrevem: "Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] §4º – A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-

e de gerir estes bens. Entre estas alterações está a substituição da aparência de insuficiência ou de excesso de bens públicos pela compreensão de que eles se caracterizam por uma estrutura de escassez que exige a racionalização, a eficiência e a efetividade na sua administração. Ademais, a estrutura de escassez obriga reconhecer que os bens públicos possuem valor de uso e valor de troca, o que obriga o desenvolvimento de ações compartilhadas que envolvam as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, os indivíduos e a sociedade civil organizada.

Todavia, este delineamento do regime jurídico dos bens públicos foi impactado pelas crises financeiras da última década do século XX e pelas medidas legislativas e administrativas criadas para enfrentá-las[14]. Em alguns casos, estas novas medidas contribuíram e reforçaram várias tendências e elementos que já se encontravam nas inovações inseridas pela Constituição de 1988. Neste sentido, inserem-se o reconhecimento de que bens públicos são ativos financeiros importantes[15] e a busca pela desburocratização, pela racionalização, pela eficiência e pela efetividade na sua administração. Também se pode citar a criação de instrumentos que facilitam o uso dos bens públicos por terceiros, notadamente pelas entidades da sociedade civil que desempenham atividades privadas consideradas de interesse público[16].

Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. §5º – São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. §1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. §2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. §3º – O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. §4º – As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. §5º – É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. §6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. [...] Art. 68 – Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos".

[14] Entre estas medidas, podem-se citar, por exemplo, a Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, e a criação do Programa de Administração Patrimonial Imobiliário da União.

[15] LEAL, Rogério Gesta. *Direito...*, p. 275.

[16] SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Op. cit.*, p. 56.

Porém, em outros casos, estas medidas legislativas e administrativas recuperaram e reforçaram algumas práticas tradicionais da gestão dos bens públicos brasileiros. Entre elas está a adoção de fórmulas uniformes de gestão dos bens públicos que desconsideravam a complexidade ínsita ao tema e afastavam soluções adequadas às especificidades de cada caso concreto.

Neste sentido insere-se a ênfase atribuída à transferência de bens públicos à iniciativa privada, mediante a sua alienação onerosa, em detrimento de mecanismos que possibilitassem a conservação da propriedade pública e o uso privativo destes bens. Assim, ainda que parte dos recursos provenientes dessas alienações se destinasse à conservação e à gestão dos bens públicos, a sua principal destinação era o pagamento da dívida pública, em detrimento de ações que objetivassem identificar os bens públicos e lhes atribuir destinações adequadas.

Estas afirmações podem ser ilustradas pela ênfase atribuída à alienação onerosa como principal instrumento de regularização fundiária dos bens públicos ocupados. Estes bens tornaram-se propriedade privada dos seus ocupantes, o que reduziu o controle público sobre estas áreas e inseriu estes bens no mercado imobiliário formal, o que possibilitou a aquisição deles pelos grandes empreendedores imobiliários. Assim, a ênfase no individualismo proprietário minava as condições de efetividade dos programas de regularização fundiária. Estes, ao final, não garantiam a fixação sócio-espacial dos ocupantes, os quais se deslocavam para outras áreas periféricas e/ou deterioradas e, muitas vezes, retornavam à situação de informalidade[17].

Durante a primeira década do século XXI, regulamentou-se o Capítulo da Constituição que trata da Política Urbana e editaram-se outros textos jurídico-normativos nacionais que objetivavam regular o Direito Urbanístico brasileiro[18]. Sem desconsiderar a inter-relação entre as temáticas agrária e urbana, pela primeira vez, criaram-se textos jurídico-normativos de âmbito nacional que se ocupavam, especificamente, da produção e ordenação das cidades – o que abarca a propriedade pública e privada[19].

---

[17] Esta forma de atuação foi aplicada também em relação aos bens pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista que foram privatizadas. Os bens destas entidades foram transferidos à iniciativa privada, mesmo quando eles não se destinavam ou não eram empregados para realizar as atividades institucionais dos seus titulares.

[18] Neste sentido, inserem-se, por exemplo, o Estatuto da Cidade, a Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005, e a Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009.

[19] Apesar de a maior parte da doutrina especializada enfatizar os reflexos destas inovações sobre a propriedade particular.

Estes novos textos jurídico-normativos permitiram identificar o interesse público urbanístico ao direito à cidade e dele extrair o sentido da função social urbanística. Neste sentido, o conteúdo normativo do direito à cidade se refere à realização dos direitos fundamentais de expressão ou impacto territorial e é formado pelo binômio acessibilidade e participação. Isto é, o direito de acesso à terra urbana, às redes de serviços, infraestruturas, equipamentos urbanos e às condições que permitem aos indivíduos atribuírem um sentido à cidade; e, o direito de os indivíduos participarem das diversas decisões acerca da produção e ordenação espacial.

Assim, a acessibilidade se refere diretamente à função social da propriedade – em especial da propriedade pública urbana. Enquanto, a participação atribui aos indivíduos os poderes de definirem ou contribuírem na definição dos significados específicos da função social urbanística em cada caso e de acompanharem e controlarem o seu cumprimento.

O reconhecimento de que o direito à cidade é o elemento basilar da ordem urbanística revigorou instrumentos de uso privativo de bens públicos já existentes no sistema brasileiro e possibilitou o surgimento de outros instrumentos com este mesmo objetivo. Igualmente, viabilizou-se a ampliação da noção de regularização fundiária que passou a abranger, além da dimensão jurídica, as dimensões urbanística, ambiental, social e econômica[20].

A noção ampliada de regularização fundiária e os sobreditos instrumentos de uso privativo possibilitaram perceber que a fixação sócio-espacial deve garantir a segurança jurídica dos ocupantes, o que não exige, necessariamente, a transferência do direito de propriedade. Afinal, a segurança jurídica pode ser garantida por diversos instrumentos jurídicos que, empregados criativamente, podem assegurar a permanência dos indivíduos e, ainda, protege-los das pressões do mercado imobiliário formal.

Outrossim, criaram-se novos instrumentos de aquisição de bens pelos Municípios, os quais uma vez aplicados vinculam o bem adquirido à realização de uma ou mais finalidades insertas na noção de direito à cidade. Igualmente, em consonância à democratização insista ao conteúdo normativo do direito à cidade, criaram-se novos instrumentos de controle do exercício das prerrogativas proprietárias públicas e das prerrogativas atribuídas aos beneficiários de títulos de uso privativo. Afinal, se estas prerrogativas são deveres-poderes que devem ser exercidos em benefício dos titulares do interesse público, devem ser assegurados a eles instrumentos administrativos e judiciais de acompanhamento e controle da gestão destes bens.

[20] LUFT, Rosângela Marina. *Regularização*..., p. 12-15.

Apesar da relevância de todos os elementos acima citados, talvez o ponto mais importante proveniente das inovações supramencionadas se refira à submissão dos bens públicos urbanos aos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. Em consonância ao que ocorre nos sistemas jurídicos da Europa Latina Ocidental, também no Brasil, por força dos §§1º e 2º, do artigo 182, da Constituição, a destinação urbanística do solo – realizada pelo plano diretor e pelas demais leis urbanísticas locais – conforma as possibilidades de afetação concreta dos bens públicos urbanos[21]. Isto significa que, em alguns casos, os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico excluirão algumas das destinações que, *a priori* e *in abstracto*, poderiam ser atribuídas ao bem público e, em outras hipóteses, elas somente permitirão que se atribua uma única afetação ao bem. Dessa forma, pode-se afirmar que a função social da propriedade pública urbana, nos termos prescritos nos sobreditos textos jurídico-normativos, conformará as prerrogativas dos proprietários públicos urbanos e dos beneficiários de títulos de uso privativo destes bens.

Contudo, para uma compreensão abrangente da função social da propriedade pública urbana e dos seus impactos devem-se agregar ainda as últimas inovações legislativas que incidiram sobre o tema. A atual crise das finanças públicas brasileiras, igualmente ao que ocorreu na década de 1990, também produziu efeitos na propriedade pública urbana.

Criaram-se, por exemplo, novos instrumentos de gestão compartilhada dos bens públicos urbanos[22]. Estes suprirão algumas lacunas do sistema jurídico brasileiro e, também, permitirão uma atuação conjunta dos diversos Entes Federados. Porém, estas inovações também trouxeram regressos no que concerne às ações públicas relacionadas aos bens públicos urbanos e à regularização da situação jurídica dos seus ocupantes, em prejuízo das ações de identificação e de atribuição de destinações adequadas aos bens públicos. Neste sentido, recuperou-se a noção tradicional que identifica a regularização fundiária à mera regularização jurídica dos imóveis ocupados e retomou-se a fórmula uniforme de realizar a regularização fundiária mediante a transferência da propriedade dos bens públicos aos seus ocupantes. Ainda que atualmente esta transferência se caracterize pela gratuidade, a falta de condicionantes legais explícitas que limitem a circulação dos bens a grupos urbanos vulneráveis possibilita que os grandes atores

[21] Os §§1º e 2º, do artigo 182, da Constituição, prescrevem: "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. §2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

[22] Este é o caso, por exemplo, da Lei n. 13.311, de 11de julho de 2016.

do mercado imobiliário formal adquiram estes imóveis. Assim, novamente, há a forte tendência de que as condições de efetividade das ações de regularização sejam minadas pelos instrumentos jurídicos que deveriam promove-la.

Todos os argumentos apresentados acima demonstram as diversas nuances que, direta ou indiretamente, caracterizam a função social urbanística como o fundamento jurídico da propriedade pública urbana. Ademais, eles permitem descortinar as diversas consequências provenientes do conteúdo normativo da função social da propriedade pública urbana.

Neste sentido, o ato de afetação dos bens públicos urbanos ganha nova vitalidade, pois, ele passa a prescrever a ou as destinações concretas atribuídas a um determinado bem público urbano. Ademais, como este ato não exige formalidades jurídicas específicas, reconheceu-se que a afetação pode ser atribuída por meio da Constituição, da lei, dos atos administrativos[23], de contratos administrativos ou de títulos de uso privativo dos bens públicos[24].

Por sua vez, também a desafetação ganha novo vigor, pois ela possibilita atribuir uma nova afetação concreta ao bem público, ajustando a sua destinação concreta às novas necessidades públicas. Além disso, a desafetação permite que o seu proprietário o aliene por meio de instrumentos de direito público ou privado, cabendo a ele sempre demonstrar de que forma a alienação contribuirá à realização do direito à cidade.

Assim, vê-se que os atos de afetação e de desafetação se relacionam diretamente à participação de cada bem público urbano à realização concreta dos direitos fundamentais de expressão ou impacto espacial. Por esta razão é que a não realização das intervenções necessárias para que o bem público possa atender à sua afetação e o exercício das prerrogativas proprietárias em dissonância à afetação legalmente atribuída se configuram como atos ilícitos.

Igualmente, a não-afetação dos bens públicos, o não-uso ou o abandono deles também são atos ilícitos, o que impacta, diretamente, na principal taxonomia dos bens públicos vigente no sistema brasileiro. Afinal, como se viu por todas as considerações acima, os bens urbanos dominicais não podem mais ser compreendidos como aqueles desprovidos de qualquer afetação pública juridicamente adequada. Em consonância aos sistemas jurídicos da Europa Latina Ocidental que inspiraram as classificações brasileiras, estes bens, por serem públicos, sujeitam-se à função social urbanística, aplicando-se a eles as sobreditas afirmações quanto à

[23] Neste caso, o escopo principal do ato pode ser a afetação do bem ou este efeito pode ser uma consequência indireta da ordem contida no ato.

[24] Nesta hipótese, o dever de cumprir a destinação concreta do bem é transferida ao beneficiário do título, cabendo ao proprietário público fiscalizar se os atos do beneficiário estão em consonância às determinações contidas no citado documento.

afetação e à desafetação. Assim, os bens urbanos dominicais se destinam a escopos que, conforme o sistema jurídico, inserem-se no direito à cidade, mas, que se distinguem do uso coletivo – bens de uso comum do povo – e do funcionamento dos órgãos públicos ou da prestação de serviços públicos – bens de uso especial.

A análise conjunta de todos os casos de ilicitude acima, permitem perceber que eles decorrem da dissonância entre as ações e omissões dos proprietários públicos e a função social da propriedade pública urbana. Assim, diante da configuração das citadas situações ilícitas, o sistema jurídico confere a diversos sujeitos de direito a prerrogativa de requererem administrativa e/ou judicialmente que as condutas dos proprietários públicos se adequem à função social.

Além disso, o sistema jurídico prescreve que, em determinadas hipóteses, as ilicitudes acima produzirão consequências específicas. Por exemplo, atribuir-se-á ao proprietário do bem desapropriado o direito de retrocessão, obrigar-se-á o proprietário público a alterar a afetação originalmente atribuída ao bem, ou ele deverá afetar o bem à destinação que os indivíduos tradicionalmente lhe conferiram.

Outrossim, estas consequências permitem perceber que a função social da propriedade pública urbana impactou a inalienabilidade relativa, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade que caracterizam o regime jurídico dos bens públicos urbanos. Afinal, a centralidade do aludido princípio e da destinação concreta atribuída a estes bens inserem novos elementos que flexibilizam as concepções doutrinárias tradicionais sobre o tema e permitem criticar inovações legislativas que contrariam a função social.

Em relação à inalienabilidade relativa, a busca pela desburocratização foi responsável pela tendência de substituir a edição de leis específicas para a alienação de cada bem devidamente identificado, por leis que indicam de forma genérica um determinado grupo de bens. Ademais, nos casos de aquisição de bens públicos por outros Entes Públicos, afasta-se a exigência da realização de prévia licitação, desde que os bens se destinem à realização concreta de finalidades insertas no direito à cidade.

Em razão da acessibilidade ínsita ao direito à cidade, diversas leis têm atribuído aos ocupantes de bens públicos urbanos o direito de preferência para adquirir os imóveis públicos ocupados. Neste mesmo sentido, há a tendência de se afastar a necessidade de prévia licitação para que os ocupantes adquiram a propriedade ou o direito de uso privativo destes bens, pois, a licitação poderia levar à expulsão dos ocupantes, o que contraria o direito à cidade.

Embora o atual regramento da regularização fundiária enfatize a transferência da propriedade dos bens públicos aos seus ocupantes como meio de garantir-lhes a segurança

jurídica, a função social afasta a adoção de fórmulas que desconsideram as especificidades de cada caso concreto. Isto significa que as ações de regularização fundiária devem considerar os riscos decorrentes da redução do controle público do solo, da gentrificação urbana e da dispersão e/ou expulsão da população beneficiada. Ademais, devem-se considerar os diversos instrumentos que asseguram o uso privativo de bens públicos aos particulares e as potencialidades de cada um deles para solucionar a situação de informalidade urbana apresentada.

Constatada que a transferência do direito de propriedade aos ocupantes é a solução adequada, dever-se-á considerar se, na hipótese, o Ente Público não deve inserir nos instrumentos de alienação cláusulas que preservem a destinação original do bem. Por exemplo, podem-se instituir cláusulas que restrinjam a alienação dos bens a indivíduos que se subsumam ao mesmo perfil do beneficiário, ou que assegurem ao Ente Público o direito de preferência na aquisição. Além disso, os Municípios podem inserir as áreas regularizadas em zonas de especial interesse social como forma de reduzir a pressão dos atores do mercado imobiliário formal sobre os beneficiários da regularização fundiária.

Apesar de os bens públicos urbanos se marcarem pela impenhorabilidade[25] e, por decorrência pela não-oneração, esta característica não se espraia aos casos em que eles se tornam propriedade privada de terceiros ou aos casos de outorga de títulos de uso privativo. Esta é a situação das doações de bens públicos urbanos sujeitas a encargos e a reversão realizadas em benefício de indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado. Nesta hipótese, o bem pode ser hipotecado para financiar a realização do escopo que motivou a doação, o que cria o risco de o bem não retornar ao doador público no caso de o donatário descumprir o encargo. Na tentativa de conciliar a permissão para que donatário hipoteque o bem e afastar o sobredito risco, instituiu-se a necessidade de o donatário contratar uma segunda hipoteca em

[25] Entre os componentes do regime jurídico-constitucional dos bens públicos, a impenhorabilidade foi a mais impactada pelas inovações legislativas criadas em razão das crises financeiras brasileiras e das omissões públicas em saldar dívidas e custear o acesso aos direitos sociais. Entre estes impactos podem-se citar, por exemplo, a preferência estabelecida em favor dos créditos alimentares e daqueles considerados de pequeno montante. Outra ilustração pode ser encontrada na tendência de se afastarem alegações de natureza orçamentária como justificativa para que os Entes Públicos se abstenham do custeio de tratamentos médicos e do fornecimento de medicamentos. Também se inserem neste grupo a autorização para que os Entes Públicos contratem seguros bancários e criem fundos públicos destinados ao pagamento de dívidas contraídas devido à realização de intervenções públicas.
Outro exemplo pode ser encontrado no expediente adotado pela União para garantir a devolução de recursos entregues ao demais Entes Federados como meio de socorrê-los financeiramente. Nestas hipóteses, a União exige que os Entes Federados lhe transfiram o controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, no caso de inadimplemento, a União alienará as citadas ações e destinará os recursos obtidos com a venda para ressarcir-se.

benefício do Ente Público, a qual asseguraria a reversão do bem e o cumprimento dos encargos assumidos.

Porém, este sistema não garante que o escopo que originou a doação será realizado, pois, no caso de inadimplemento do donatário, o doador público terá direito ao ressarcimento pecuniário, sem que os valores recebidos se vinculem à realização daquele objetivo. Além disso, como o bem doado não será recuperado pelo Ente Público, não há certeza de que o novo adquirente atribuirá ao bem a destinação que levou à realização da citada doação, prejudicando, portanto, a realização do direito à cidade.

Como se afirmou, os direitos reais de uso privativo de bens públicos urbanos outorgados aos seus ocupantes no âmbito de programas de regularização fundiárias também podem ser hipotecados. Porém, como ninguém pode transferir mais direitos do que é titular, a hipoteca recairá sobre o direito real de uso privativo sem que o credor ou o devedor possam alterar as condições fixadas nos respectivos títulos. Assim, ao contrário do que se verifica na hipótese da doação com encargos e cláusula de reversão, no caso em análise, o Ente Público não perderá a propriedade do bem.

Todavia, de forma semelhante ao que se afirmou em relação à inalienabilidade relativa, a função social da propriedade pública urbana exige que as finalidades que justificaram a outorga dos citados títulos de uso privativo sejam preservadas. Isto significa que as prerrogativas do credor hipotecário são conformadas pela função social e ele somente poderá transferir os direitos reais de uso privativo a adquirentes que se subsumam ao mesmo perfil do titular original do direito de uso privativo do bem público urbano[26].

Como forma de garantir a preservação deste aspecto, o Ente Público poderá inserir, explicitamente, esta determinação no título de uso privativo, apesar de esta determinação ser uma consequência lógica da função social da propriedade pública urbana. Ademais, no mesmo sentido já afirmado, os Municípios podem inserir, em zonas de especial interesse social, as áreas onde se localizam os imóveis cujo uso privativo foi outorgado aos seus ocupantes.

Embora os argumentos acima denotem que os bens públicos urbanos não podem ser adquiridos por meio de usucapião, não se pode afirmar que a ocupação desprovida de títulos jurídicos não apresente consequências. A imprescritibilidade não impede que os ocupantes sejam titulares do sobredito direito de preferência para a aquisição dos bens públicos urbanos

[26] Ademais, como se afirmou, há diversos óbices fáticos para que estes direitos reais de uso privativo sejam aceitos como garantias hipotecárias. Como os beneficiários destes títulos se inserem nas camadas pauperizadas da população, os atores do sistema financeiro consideram esta modalidade de empréstimo um negócio temerário, cuja garantia é insuficiente para compensar o risco, pois, os citados títulos somente transferem direitos reais de uso privativo por prazo determinado.

ocupados. Também não há impedimento para que eles tenham o direito de serem indenizados pelas benfeitorias e acessões que realizaram nos citados imóveis. Além disso, em alguns casos, os ocupantes terão o direito de exigir que o Ente Público lhes outorgue o título de regularização de sua situação jurídica e, caso este pedido não seja atendido na via administrativa, eles poderão requerer ao Poder Judiciário o reconhecimento deste direito.

Assim, todas as considerações acima demonstram que considerar a função social urbanística como fundamento jurídico da propriedade pública urbana produz diversas consequências, as quais devem ser consideradas nos exercícios teóricos acerca deste tema. Porém, estes impactos não se restringem ao plano doutrinários, mas, também, alcançam o plano pragmático. A função social tem efeitos práticos evidentes sobre a destinação a ser atribuída aos bens públicos, sobre as prerrogativas dos proprietários públicos, dos beneficiários de títulos de uso privativo e dos terceiros não-proprietários, enfim, sobre a própria gestão destes bens. Consequentemente, a soma destes efeitos teóricos e práticos denotam o caráter lógico-jurídico da função social da propriedade pública urbana e, ao mesmo tempo, comprovam a sua alta densidade normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Neste momento, devem-se retomar as questões que suscitaram esta pesquisa. Primeiramente, indagou-se: Qual é o fundamento jurídico para a titularidade dos bens públicos urbanos? Desta indagação adveio uma segunda que a complementou: Qual é o impacto deste fundamento jurídico na gestão dos imóveis públicos urbanos?

Para responder às mencionadas indagações, a hipótese formulada e testada, durante o desenvolvimento das investigações, e que, ao final, foi comprovada foi que o fundamento da citada relação é a função social da propriedade pública urbana. Isto é, a existência da propriedade pública urbana encontra sua razão de ser na participação dos bens públicos urbanos na realização concreta do direito à cidade.

Dessa forma, comprovou-se que a propriedade pública urbana é uma função social urbanística. Esta identificação explica a reconfiguração do regime jurídico destes bens e, por conseguinte, os impactos sobre a gestão dos citados imóveis. Entre estes reflexos analisaram-se a conformação das prerrogativas dos proprietários públicos no que concerne à aquisição, à alienação e às competências discricionárias de definição dos usos e destinações concretas que serão atribuídas aos citados bens. Ainda no que concerne aos impactos, esquadrinharam-se a conformação das prerrogativas dos beneficiários de títulos de uso privativo, o reconhecimento dos direitos dos ocupantes dos citados bens e a legitimidade para que vários atores participem e controlem a gestão do patrimônio público imobiliário.

A relação entre as sobreditas indagações e a hipótese explica o desenvolvimento argumentativo empreendido, o qual se sustentou em um esquema exegético que demonstrou a relação de densificação existente entre o interesse público, o direito à cidade e a função social urbanística. Este esquema interpretativo examinou estas categorias jurídicas a partir do reconhecimento de que o discurso jurídico é construído sobre o binômio licitude/ilicitude e que este discurso se biparte em dois momentos distintos: o discurso de justificação e o discurso de aplicação. O primeiro se refere ao processo de elaboração dos textos jurídico-normativos, enquanto o segundo se relaciona à obtenção da norma de decisão de um determinado caso concreto. A condensação normativa ocorrida durante o discurso de aplicação é alcançada mediante o processo de concretização que conjuga a interpretação literal e a interpretação sistêmica dos textos jurídico-normativos produzidos no discurso de justificação e os elementos factuais provenientes do caso concreto.

No discurso de justificação, o interesse público é a finalidade a ser buscada por meio da elaboração dos textos jurídico-normativos em geral, o que se identifica à realização dos direitos fundamentais. Por sua vez, o direito à cidade, enquanto densificação da sobredita acepção geral, é o escopo a ser realizado por meio do Direito Urbanístico, isto é, o direito à cidade se identifica à realização dos direitos fundamentais com expressão ou impacto territorial.

Neste sentido, o direito à cidade é formado pelo binômio acessibilidade e participação. O primeiro elemento remete ao acesso à terra urbana, às redes de serviços, infraestruturas, equipamentos urbanos e às condições que permitem aos indivíduos atribuírem um sentido à cidade. O segundo se refere ao direito de os indivíduos participarem das decisões acerca da produção e da ordenação espacial e, em uma dimensão simbólica, permite que eles se apropriem do espaço urbano, sintam-se pertencentes à cidade e se vejam retratados na e pela paisagem urbana.

Neste momento do discurso jurídico, a função social urbanística se apresenta como princípio da conformação do regime jurídico da propriedade urbana. Assim, ela delineia as prerrogativas proprietárias e, também, as prerrogativas não-proprietárias para que estes poderes e o próprio imóvel contribuam para a realização do direito à cidade e, consequentemente, do interesse público.

Dessa forma, verificou-se que a indeterminação do interesse público decorre da complexidade inerente aos direitos fundamentais e às várias formas de realizá-los. Esta indeterminação é reduzida por este processo de densificação, ainda que ela não seja de todo eliminada – o que somente ocorrerá durante o processo para a obtenção da norma de decisão do caso concreto.

A sobredita complexidade se reduz quando o interesse público se densifica em direito à cidade. Afinal, somente alguns direitos fundamentais estarão envolvidos e os meios de realiza-los serão reduzidos – ao menos, quando comparado à pluralidade de formas existentes para realizar todo o rol dos direitos fundamentais. A função social urbanística gera uma nova redução da pluralidade semântica, porquanto ela se ocupa somente da densificação do direito à cidade no regime jurídico dos imóveis urbanos e, portanto, não alcança outras situações.

A mutabilidade do interesse público, no discurso de justificação, decorre de três causas. A primeira é a ampliação do rol dos direitos fundamentais, a segunda é a permanente agregação de sentidos atribuídos a estes direitos e, enfim, a terceira decorre das inovações dos textos jurídico-normativos que criam as novas formas de realizar estes direitos.

As aludidas causas explicam a mutabilidade inerente ao direito à cidade e, consequentemente, à função social urbanística. Porém, isto se dá de forma mais restrita, pois,

no direito à cidade, estão presentes somente os direitos fundamentais com expressão ou impacto territorial. Enquanto, na função social, a mutabilidade decorre dos efeitos destas causas sobre o regime jurídico dos imóveis urbanos e das prerrogativas dos proprietários e dos não-proprietários.

No discurso de justificação, a supremacia do interesse público se sustenta, ao mesmo tempo, na supremacia dos direitos fundamentais e no fato de a realização destes direitos ser o fundamento e a finalidade das ações e funções dos Entes Públicos. Estas bases também explicam a supremacia do direito à cidade, pois, ele é composto pelos direitos fundamentais com impacto ou expressão territorial e se constitui como o fundamento e o escopo para a atuação dos Entes Públicos na produção/ordenação sócio-espacial. No que concerne à supremacia da função social urbanística, tem-se que ela é o elemento definidor do regime jurídico dos imóveis urbanos e das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias. Além disso, a função social possui natureza de direito fundamental dos indivíduos, sejam eles proprietários ou não-proprietários.

A indisponibilidade do interesse público, do direito à cidade e da função social urbanística, no discurso de justificação, explica-se pelos elementos acima apresentados. Os Entes Públicos não podem transacionar sobre estes fundamentos e finalidades, pois, eles motivaram a sua própria criação, justificaram a sua atuação urbanística e a conformação do regime jurídico proprietário urbano. Outrossim, os Entes Públicos não podem transacionar sobre os direitos fundamentais, pois os seus titulares são os indivíduos.

Todavia, a indisponibilidade não impede o emprego da concertação ou da participação popular para a produção dos aludidos textos jurídico-normativos. Na realidade, estes instrumentos encontram fundamento nos pressupostos democráticos prescritos na Constituição e, em especial, no que concerne ao Direito Urbanístico, eles encontram sustentação no elemento "participação" que integra o direito à cidade.

No discurso de aplicação, o interesse público é o resultado do processo de concretização normativa. Ele é a norma de decisão para um dado caso concreto e é esta norma de decisão que realiza o direito fundamental em questão.

O direito à cidade também é o resultado da concretização normativa, a norma de decisão de um caso relacionado à produção/ordenação territorial e à realização de um dos direitos fundamentais de impacto ou expressão territorial. Por sua vez, nesta fase do discurso jurídico, a função social urbanística se apresenta como princípio da função social do imóvel urbano. Nesta feição, a função social possibilita o controle sobre o exercício das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias que incidem sobre o imóvel urbano e, ao mesmo tempo, ela é

a norma de decisão que resolve um caso relacionado ao exercício destas prerrogativas e/ou à destinação do bem.

Dessa forma, a indeterminação presente no discurso de justificação é reduzida durante o discurso de aplicação. A conjugação da interpretação literal e da interpretação sistêmica dos diversos textos jurídico-normativos que, *a priori*, aplicam-se ao caso somado aos vários elementos factuais presentes neste mesmo caso permitem extrair os possíveis conteúdos semânticos e normativos do interesse público.

Este mesmo processo ocorre com o direito à cidade. Neste caso do direito à cidade, a pluralidade de textos jurídico-normativos e de elementos fáticos são menores, uma vez que se referem somente aos direitos fundamentais com expressão ou impacto territorial e aos casos a eles relacionados.

No que concerne à função social urbanística, a sobredita diversidade e, consequentemente a indeterminação sofre nova redução. Afinal, somente se analisarão os textos jurídico-normativos e os elementos factuais atinentes ao imóvel urbano em questão. Assim, os casos se centrarão no exercício das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias presentes naquele caso, aos interesses incidentes sobre o bem, à destinação atribuída ao imóvel, à verificação de qual das pretensões em disputa realiza o direito à cidade.

Ademais, no discurso de aplicação, a mutabilidade do interesse público decorre da ampliação/modificação dos textos jurídico-normativos ou de seus sentidos e das variações dos elementos fáticos e circunstancias que interferem na produção da norma de decisão. Estas alterações também interferem na produção das normas de decisão envolvendo casos relacionados ao direito à cidade e à função social urbana. Assim, a inserção de novos componentes no direito à cidade, a variabilidade das realidades urbanas, a dinâmica das cidades e as especificidades dos elementos fáticos impactam na produção das normas de decisão. Isto pode ser ilustrado, por exemplo, pela modificação dos textos jurídico-normativos que alteram índices urbanísticos e, com isso, as possibilidades do *ius aedificandi*.

Os conteúdos semânticos e normativos do interesse público, do direito à cidade e da função social do imóvel urbano são o resultado do discurso de aplicação. Neste sentido, estes elementos são supremos e indisponíveis. Eles são dotados de supremacia porque sintetizam os elementos normativos e factuais do caso em questão e, portanto, enquanto normas de decisão deste caso, são superiores aos elementos que o compõem. Eles são, também, indisponíveis, uma vez que a disponibilidade da norma de decisão faz com que ela perca o seu caráter decisório.

Em consonância ao que se viu acima, no discurso de aplicação, a indisponibilidade não impede o emprego da concertação, da participação, ou de meios não-contenciosos para que a aludida norma de decisão seja obtida. Estes instrumentos se adequam ao binômio formador do direito à cidade e, além disso, eles são um dos meios pelos quais se desenvolve o discurso de aplicação, cujo resultado será a norma de decisão que definirá os conteúdos semântico e normativos já mencionados e, como se viu, é esta norma de decisão que é indisponível.

O esquema exegético acima descrito permitiu extrair três consequências que sustentaram a confirmação da hipótese formulada. A primeira se refere à titularidade do interesse público e, por decorrência, as suas densificações – o direito à cidade e a função social. A segunda se refere especificamente à função social. A última se relaciona à centralidade da função social na superação do monismo jurídico proprietário pela concepção pluralista.

A identificação entre o interesse público e a realização dos direitos fundamentais exige reconhecer que os indivíduos são os titulares deste interesse, tanto em sua acepção geral, quanto em suas acepções específicas – direito à cidade e função social urbanística. Por decorrência, os Entes Públicos são os gestores deste mesmo interesse, uma vez que a própria existência deles, bem como as suas competências se encontram ligadas à realização dos citados direitos.

Dessa forma, de um lado, tem-se que as prerrogativas conferidas aos Entes Públicos somente se justificam em razão do dever que lhes é imposto. Lado outro, as pessoas jurídicas de direito público – notadamente os Entes subnacionais, no caso da Europa latina ocidental, e os Entes federados, no caso brasileiro – devem exercer suas competências de forma harmônica, em consonância às leis e à Constituição.

Esta exigência de harmonização tem especial importância no Direito Urbanístico. As entidades locais ou os Municípios têm um papel central na produção dos textos jurídico-normativos deste ramo do Direito, os quais vinculam indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado e de direito público. Todavia, estes textos jurídico-normativos não podem esvaziar as prerrogativas dos demais sujeitos de direito, sob pena de se estar diante de uma situação ilícita que, conforme o caso, configurará uma situação de desapropriação indireta ou de usurpação de competências.

Portanto, a sobredita identificação e o reconhecimento de que os indivíduos são os titulares do interesse público denota a conexão estrutural entre o interesse público e os interesses privados. Além disso, esta identificação explica o processo de ampliação do rol de legitimados para defender o interesse público e a multiplicidade dos instrumentos que podem ser empregados nesta tarefa. Neste caso, tem-se, por exemplo, a pressão política, os instrumentos

de participação nas atividades legislativas e administrativas, o controle social, a possibilidade de os indivíduos ou da sociedade civil organizada proporem diversas espécies de ações judiciais etc.

Estes argumentos permitem chegar à segunda consequência. Os indivíduos – proprietários privados ou não-proprietários – são os titulares da função social urbanística, já que esta é a densificação do interesse público. Isto se torna mais evidente no caso brasileiro, em que tanto a garantia do direito de propriedade quanto a função social são elencadas como direitos fundamentais, porém, em incisos diversos do artigo que prescreve o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos – incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Constituição.

Assim, como um direito fundamental, a função social assegura aos seus titulares diversas garantias processuais voltadas a protegê-la, o que denota que ela é oponível contra aqueles que, de alguma forma, desrespeitem o seu conteúdo normativo. Isto é, a função social urbanística poderá ser invocada contra ações ou omissões praticadas pelos Entes Públicos, afinal, classicamente, os direitos fundamentais surgiram como um meio de controla-los para proteger os indivíduos. Devido à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ela fundamentará as pretensões dos proprietários contra ações dos não-proprietários e sustentará as pretensões destes contra ações e omissões dos primeiros, desde que, em ambos os casos, estas ações e/ou omissões não tenham lastro na função social.

Estes elementos indicam que somente em Estados Democráticos de Direito se pode falar em função social urbanística nos termos aqui expostos. Assim, a função social urbanística somente existirá em toda a sua força, nos Estados que busquem harmonizar os projetos coletivos e individuais, por meio de um sistema jurídico caracterizado pelo processo democrático e que se oriente à democratização substancial das condições de existência. Isto é, Estados em que as prerrogativas públicas e privadas sejam conformadas pelos direitos fundamentais e que almejem, por meio de ações concretas, garantir aos indivíduos a participação no aludido processo democrático e o acesso aos bens necessários à sua emancipação social.

Dessa forma, vê-se que os Estados Democráticos de Direito não desconsideram os avanços civilizatórios e as construções produzidas no período de vigência do Estado de Direito e do Estado Social de Direito. Ao contrário, estes avanços e construções são reunidos em uma nova síntese. Esta coloca os direitos fundamentais no centro da arena dialógica para conformar e controlar a atuação dos atores públicos e privados, para orientar as atividades prestacionais públicas e para corrigir diversos aspectos disfuncionais, como o paternalismo, o autoritarismo, o clientelismo etc.

Assim, chega-se à terceira consequência acima mencionada. A centralidade da função social na conformação das prerrogativas proprietárias, no exercício destas prerrogativas e na atribuição das possíveis destinações dos imóveis urbanos denotam que o vocábulo "propriedade" não se refere a um instituto jurídico monolítico. Ao contrário, este vocábulo indica uma noção categorial. Isto é, existem elementos comuns a todas as espécies proprietárias que permitem distinguir este instituto jurídico dos demais. Porém, cada espécie de propriedade apresenta contornos específicos, os quais são extraídos dos diversos textos jurídico-normativos que, embora insertos nos mais variados ramos do Direito, incidem, de alguma maneira, em cada situação jurídica proprietária.

Dessa forma, a incidência dos textos jurídico-normativos é determinada pelos papéis que cada espécie de bem e que seus titulares desempenham na realização dos direitos fundamentais. Isto significa que estes textos jurídico-normativos são determinados por inúmeras variáveis, como a titularidade do bem, a espécie de bem, sua localização, a sua dimensão etc. Assim, a função social sustenta a concepção pluralista de regimes jurídicos proprietários, porquanto os contornos gerais e específicos de cada espécie de propriedade – o seu regime jurídico – decorrem da função social e, ao mesmo tempo, dirigem-se a realiza-la. Isto é, para se apreender os sentidos semânticos e normativos da função social e, portanto, definir-se o regime jurídico de cada espécie proprietária, faz-se necessário analisar a inteireza do ordenamento jurídico de cada Estado.

O esquema exegético acima descrito e as suas consequências forneceram elementos para a reconstrução da "Teoria dos Bens Públicos" em geral e, principalmente, dos bens públicos urbanos. A admissão da multiplicidade de regimes proprietários permitiu reconhecer que a titularidade dos bens públicos urbanos tem a natureza jurídica de propriedade pública urbana. Afinal, estão presentes nesta última espécie proprietária todas as características primárias e secundárias, bem como as formalidades que caracterizam o instituto jurídico da propriedade.

Esta espécie proprietária não tem a natureza jurídica de direito fundamental, visto que os Entes Públicos não são titulares de direitos deste jaez. Assim, a base constitucional da propriedade pública se encontra em outras partes da Constituição – por exemplo, no caso brasileiro, nos artigos 20 e 26. Entretanto, conforme o inciso XXIII, do sobredito artigo 5º, isto não prejudica que se reconheça que a função social da propriedade pública urbana tem natureza jurídica de direito fundamental dos não-proprietários. Ademais, o mencionado inciso XXIII e, também, o inciso III, do artigo 170, prescrevem que a função social atinge todas as espécies de

propriedade. Afinal, recorde-se que os casos de restrição da incidência da Constituição a uma espécie proprietária estão expressamente prescritos no próprio Texto Constitucional.

Consequentemente, pode-se reconhecer que o regime jurídico da propriedade pública urbana também é determinado pela função social urbanística. Porém, diversamente do que ocorre em relação à propriedade privada, aqui, a densidade normativa da função social é potencializada de forma a se identificar a propriedade pública urbana à função social urbanística. Isto é, a função social da propriedade pública urbana se apresenta como uma derivação da noção de função social urbanística acima descrita.

A propriedade pública de imóveis urbanos impõe aos proprietários o dever de empregar os citados bens e exercer suas prerrogativas proprietárias para realizar os direitos fundamentais, especialmente, os direitos fundamentais com expressão ou impacto espacial. Qualquer ação ou omissão do proprietário público em realizar este dever se caracteriza como ilícito e, portanto, como mácula aos direitos fundamentais, o que possibilita que os titulares destes direitos exijam judicialmente que o proprietário público adeque sua conduta. Assim, a propriedade pública somente existe em razão da realização de direitos e interesses dos não-proprietários e é, neste sentido, que se pode compreender a expressão a propriedade pública urbana é uma função social.

O esquema exegético acima descrito e as suas consequências forneceram, ainda, as bases para, a partir da investigação do ordenamento jurídico brasileiro, determinar os sentidos semântico e normativo da função social da propriedade pública urbana. Assim, a análise dos textos jurídico-normativos de caráter nacional que incidem sobre os bens públicos urbanos permitiu extrair nove conjuntos de possibilidades de destinações que podem ser atribuídas aos citados bens e, portanto, nove conjuntos de sentidos para a função social da propriedade pública urbana.

Dessa forma, afirmou-se que os bens públicos urbanos podem se destinar à instalação e ao funcionamento de espaços de livre permanência e de livre circulação dos indivíduos. Eles também podem ser aplicados na prestação dos serviços públicos e ao funcionamento dos órgãos públicos. Eles podem se destinar à realização, instalação e conservação de obras públicas ligadas às redes de infraestrutura urbanas e ao seu funcionamento. Eles ainda podem se vincular à realização das finalidades da política habitacional e de regularização fundiária. Outrossim, eles podem se destinar à proteção do patrimônio natural e construído e à valorização da estética e da salubridade urbana. Ademais, eles podem ser aplicados para fomentar diversas atividades privadas. Eles podem se destinar à composição do patrimônio inicial de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado

criadas pelos proprietários públicos. Além disso, eles podem ser empregados como instrumentos de ordenação e de direcionamento da expansão urbana e de execução dos planos urbanísticos. Enfim, eles podem ser destinados à geração de rendas patrimoniais aos proprietários públicos, as quais se aplicarão na realização das várias atividades insertas na noção geral de interesse público e, também, em sua acepção restrita – isto é, na realização do direito à cidade.

Todos os argumentos acima expostos indicaram a centralidade da função social urbanística no regime jurídico dos bens públicos urbanos, o que apontou a necessidade de aprofundar o seu exame. Assim, a partir da estrutura – ou quadro de análise – fornecido pelo esquema exegético acima somado à definição dos conteúdos semânticos e normativos da função social da propriedade pública urbana foi possível demonstrar como ela se apresenta no discurso jurídico.

No discurso de justificação para a elaboração dos textos jurídico-normativos que regerão a propriedade pública urbana, a função social da propriedade pública urbana, se apresenta como princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos. Especificamente no que concerne à elaboração dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico, o elemento "participação", ínsito ao direito à cidade, exige que se assegurem aos indivíduos e à sociedade civil organizada diversas oportunidades de participação popular. Assim, se, diretamente, o direito à cidade prescreve a gestão democrática da cidade, indiretamente, ele provoca a democratização da gestão dos bens públicos urbanos. Afinal, garante-se aos citados atores sociais a participação no processo decisório que conformará as prerrogativas proprietárias públicas, as prerrogativas dos não-proprietários e as possibilidades de atribuição de destinações concretas aos imóveis públicos urbanos.

Na elaboração dos textos jurídico-normativos mencionados, os tomadores de decisão deverão observar os nove conjuntos de possibilidades de destinação apresentados, as suas possíveis conjugações e as diversas espécies de bens públicos urbanos. Isto exige atenção especial dos Municípios, porquanto, competem-lhes a criação das leis urbanísticas que prescreverão a função social da propriedade pública urbana, nos termos do §2º, do artigo 182, da Constituição brasileira. Porém, como se viu, as competências legislativas destes Entes Públicos não são ilimitadas, pois, eles não poderão eliminar as prerrogativas dos proprietários públicos, sob pena destes textos jurídico-normativos afrontarem a autonomia administrativa dos demais Entes Federados. Nesta hipótese, diversamente do que ocorre com a propriedade privada, não se aplica a tese do esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, pois, os

Municípios não têm competências para desapropriar bens pertencentes à União e aos Estados-membros.

A restrição das opções dos tomadores de decisão aos elementos acima citados demonstra que a indeterminação, decorrente da pluralidade semântica ínsita ao interesse público, sofreu um novo processo de densificação. Contudo, isto não elimina a indeterminação, pois, vários aspectos ainda estarão em tensão. Por exemplo, os nove conjuntos de possíveis destinações e as suas conjugações, as destinações específicas contidas em cada um destes conjuntos, as articulações destas destinações específicas e as particularidades trazidas pelos elementos factuais ainda estarão em tensão, exigindo uma solução que a elimine. Dessa forma, a indeterminação somente será eliminada, ainda que temporariamente e de forma instável, no momento em que se atribuírem destinações concretas aos citados bens.

Todos os aspectos em tensão citados denotam o dinamismo dos nove conjuntos de possibilidades de destinação acima apresentados. Assim, tem-se que o princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos também se caracteriza pela mutabilidade. As mudanças da realidade fática, as ampliações do rol dos direitos fundamentais e as alterações dos textos jurídico-normativos nacionais que permitiram elaborar os citados conjuntos de possíveis destinações podem impactar na sua composição e na conformação das citadas prerrogativas.

Consequentemente, percebe-se que a mutabilidade é responsável pela permanente atualização dos textos jurídico-normativos, o que, por vezes, indica a necessidade de modificar os resultados obtidos durante o discurso de justificação. Isto é, a modificação destes elementos pode alterar a conformação original do regime jurídico dos bens públicos urbanos.

Constatou-se, também, que, nesta fase do discurso jurídico, a função social da propriedade pública urbana se caracteriza por sua supremacia. Em termos lógicos, esta superioridade decorre de a função social ser o elemento definidor do regime jurídico proprietário aplicável a cada uma das diversas espécies de bens públicos urbanos. Ademais, a função social é um direito fundamental dos não-proprietários e, portanto, sua superioridade encontra sustentação na Supremacia da Constituição. Neste sentido deve-se recordar que o artigo 30 e o §1º, do artigo 182, do Texto Constitucional, reenviaram aos Municípios a competência para elaborar as diversas leis urbanísticas locais – por exemplo, os planos diretores – as quais vinculam a atividade administrativa. Afinal, conforme o *caput* do artigo 37, da Constituição, todos os Entes Públicos devem exercer suas atribuições em consonância às leis, independentemente destas leis serem municipais, estaduais, distritais, federais ou nacionais.

No discurso de justificação, a função social da propriedade pública urbana também se caracteriza por sua indisponibilidade, visto que ela é a densificação do interesse público urbanístico. Também esta característica se sustenta na fundamentalidade da função social. Como os não-proprietários são os titulares deste direito fundamental que encarna o interesse público, os Entes Públicos, enquanto gestores deste interesse, não podem transacionar sobre direitos/interesses que não lhes pertencem.

A participação popular que marca o discurso de justificação dos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico não macula a supremacia e a indisponibilidade da função social da propriedade pública urbana. A participação popular e a concertação que ela implica realizam-se na fase pré-legislativa que produzirá os sentidos semânticos e normativos da função social. Isto é, a conformação das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias – que decorrem de um dos nove conjuntos de possibilidades acima expostos – é o resultado do processo de participação e é exatamente este resultado que se apresenta supremo e indisponível.

Durante o discurso de aplicação se resolverão as tensões acima indicadas, mediante o processo de concretização que caracteriza esta fase do discurso jurídico. Por meio deste processo se selecionará, entre os nove conjuntos de possibilidades de destinação, aquele ou aqueles que poderão ser atribuídos a cada um dos bens públicos urbanos localizados em um dado Município. Outrossim, entre as possíveis destinações concretas que compõem cada um dos citados conjuntos, definir-se-á aquela ou aquelas que serão, de fato, atribuídas a um bem público específico. Dessa forma, durante o discurso de aplicação, a função social da propriedade pública urbana se apresenta como princípio da função social do imóvel público urbano.

Para tomar todas as decisões acima indicadas, inicialmente, obter-se-á o programa da norma, mediante a seleção dos possíveis significados que o princípio da função social do imóvel público urbano poderá apresentar naquele caso. Assim, mediante a interpretação literal, definir-se-á qual ou quais conjuntos de possíveis destinações poderão ser atribuídos a um determinado imóvel público e quais não poderão ser atribuídas.

Posteriormente, estes possíveis significados serão confrontados entre si, com os demais textos jurídico-normativos aplicáveis ao caso e com os elementos fáticos e técnicos – extrajurídicos – que caracterizam a situação. Dessa forma, neste momento, analisar-se-á o âmbito da norma – a parcela da realidade atingida pela decisão – mediante uma interpretação sistêmica, que considerará todos os elementos acima mencionados.

O resultado de todo o processo descrito é a afetação do bem público urbano a uma destinação pública específica. Neste sentido, a afetação se apresenta como o ato de concretização da função social da propriedade pública urbana, o que pode decorrer de um ato

administrativo, de uma lei de efeitos concretos, de um contrato ou de um título de uso privativo do bem.

Nesta senda, o processo de concretização que caracteriza o discurso de aplicação permitiu evidenciar a relação entre os textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico e a prerrogativa dos proprietários públicos atribuírem uma destinação concreta aos seus bens. A destinação urbanística atribuída pelo plano diretor e pelos demais textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico a cada uma das zonas do território municipal conforma a prerrogativa de o proprietário público atribuir uma afetação concreta aos seus bens. Isto porque ele somente poderá afetar o seu bem público às destinações concretas que sejam permitidas na zona em que o imóvel se localiza, sob pena desta afetação ser considerada ilícita.

A afetação permite o preenchimento semântico do princípio da função social do imóvel público urbano, pois, ela se refere aos aspectos concretos atinentes ao bem público atingido por este ato decisório. Ademais, esta afetação permite o preenchimento normativo do aludido princípio, pois, este ato decisório atrai um regime jurídico específico para o imóvel público afetado. Isto é, a afetação atrai uma conformação específica das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias e impõe aos titulares destas prerrogativas o dever de exercê-las, faticamente, em consonância à destinação concreta contida no aludido ato. Dessa forma, tem-se que o *ius utendi*, o *ius fruendi*, o *ius abutendi*, a *rei vindicatio* e todas as demais competências discricionárias dos Entes Públicos são determinadas pela afetação concreta atribuída ao bem.

Neste sentido, a afetação de um bem público urbano a uma determinada destinação elimina a indeterminação que ainda caracterizava a função social da propriedade pública. Contudo, a sobredita eliminação não é permanente. Ao contrário, ela é temporária e instável, porquanto, a afetação originalmente atribuída ao bem público urbano somente se manterá se os elementos fáticos e textuais – os textos jurídico-normativos – não se alterarem. Se os citados elementos se alterarem, proceder-se-á à desafetação do bem, e, posteriormente, ele receberá uma nova afetação ou será transferido a terceiros, desde que se comprove que esta alienação encontra lastro no direito à cidade.

Assim, a desafetação é o instrumento por meio do qual a mutabilidade se insere no discurso de aplicação da função social do imóvel público urbano e que, ao mesmo tempo, assegura a efetividade do princípio. A desafetação permite modificar a destinação originalmente atribuída ao bem para conferir-lhe uma nova finalidade que se adeque às alterações das condições fáticas e jurídicas que caracterizam o princípio da função social do imóvel público urbano. Além disso, a desafetação amplia as prerrogativas do proprietário

público, pois, ele estará autorizado a alienar o bem por meio de instrumentos de direito público ou de direito privado, em consonância ao princípio da conformação do regime jurídico aplicável aos bens públicos urbanos.

A afetação, enquanto decisão que atribui uma destinação concreta a um determinado bem público urbano, também é dotada de supremacia face às demais destinações que poderiam ser atribuídas ao citado bem. Além das justificativas já apresentadas, a superioridade do ato decisório de afetação também se fundamenta na própria finalidade deste ato que é ser a causa de alterações no plano fático condizentes ao conteúdo normativo da função social. A afetação exige que o proprietário público ou, eventualmente, o beneficiário do título de uso privativo, realize as obras e/ou atividades humanas que permitirão a realização fática do interesse público urbanístico prescrito no sobredito ato. O descumprimento desta afetação produzirá diversos efeitos jurídicos, entre os quais, pode-se citar, por exemplo, a propositura de ações judiciais que objetivem declarar a ilicitude da omissão, corrigir esta mácula e punir o sujeito que deveria implementar a afetação do bem.

Assim, a sobredita ilustração se liga, diretamente, à identificação da propriedade pública urbana como uma função social urbanística que impõe ao proprietário público o dever de atribuir, de fato, uma destinação adequada aos bens públicos urbanos. Consequentemente, ela também permite reconhecer a ilicitude da não-afetação de um bem público urbano a uma finalidade urbanística adequada.

Como se viu, o reconhecimento desta ilicitude somado aos nove conjuntos de possibilidades de destinação dos bens públicos urbanos produz impactos diretos sobre a principal classificação dos bens públicos. Afinal, todos os bens públicos urbanos – o que inclui os bens dominicais – devem se dirigir à satisfação do direito à cidade.

Neste sentido, se os bens urbanos de uso comum do povo se destinam ao uso coletivo e os bens de uso especial se destinam ao funcionamento dos órgãos públicos e à prestação de serviços públicos, os bens dominicais se destinam a outros escopos públicos. Assim, os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial se destinam aos dois primeiros conjuntos de possíveis destinações. Eles serão as bases físicas onde se realizarão as funções administrativas – serviços públicos, por exemplo – e as atribuições dos Entes Públicos – por exemplo, a garantia da livre circulação. Isto significa que estes bens desempenharão um papel instrumental na realização das mencionadas competências.

Por sua vez, os bens dominicais poderão desempenhar um papel instrumental, como, por exemplo, no caso do fomento às atividades privadas – sexto conjunto de possíveis destinações. Porém, os bens dominicais também poderão desempenhar um papel central na

realização do interesse público. Este é o caso dos bens públicos destinados à realização de ações insertas nas políticas habitacional e de regularização fundiária – quarto conjunto de possíveis destinações. Nesta última hipótese, a gestão dos bens públicos se apresenta como a função administrativa principal, enquanto as demais funções – por exemplo, serviços públicos – desempenham o papel instrumental de criar condições que permitam a fixação espacial dos indivíduos.

A afetação também se caracteriza por sua indisponibilidade, porquanto, ela é um ato decisório e, como tal, não se sujeita à transação. Todavia, como já se afirmou, a indisponibilidade não impede que a afetação resulte da concertação dos diversos interesses envolvidos e da participação popular. Estes procedimentos são prévios ao ato de afetação, enquanto a destinação concreta do bem – a sua afetação – é o resultado destes procedimentos e é exatamente o resultado final que não admite transações.

A indisponibilidade também não é prejudicada se o ato de afetação se sujeitar a condições ou prescrever encargos que devem ser cumpridos pelo proprietário público – geralmente, estas condições e encargos resultarão de Estudos de Impacto de Vizinhança. Porém, em ambos os casos, não se está diante de uma espécie de transação, mas de cláusulas que se referem à eficácia do ato de afetação – ao momento em que ele começará a produzir efeitos jurídicos ou quando ele terminará de produzi-los.

Nestes termos, constatou-se que a indisponibilidade não se opõe à inalienabilidade relativa, à imprescritibilidade ou à impenhorabilidade. Ao contrário, ela fornece novos fundamentos para estes elementos e, ao mesmo tempo, enfatiza a função social do imóvel público urbano.

Isto porque exige-se que os proprietários públicos explicitem de forma clara, objetiva e com argumentos fortes e convincentes que a alienação dos bens públicos urbanos encontra fundamentos no direito à cidade. Por exemplo, o Ente Público deverá demonstrar que o interesse público urbanístico somente será alcançado de forma adequada mediante a realização da função social da propriedade privada. Neste sentido, tem-se que os instrumentos de alienação podem conter cláusulas que prescrevam o direito de retrovenda do bem, isto é, que assegurem ao proprietário público o direito de preferência no caso de alienações onerosas. Podem-se prescrever, também, encargos às doações que, caso descumpridos, implicam o retorno do bem ao doador público.

Igualmente, admite-se que a ocupação de imóveis públicos urbanos pode se caracterizar como um meio de atribuir uma função social a estes bens. Isto se torna mais evidente quando eles não estão afetados a qualquer destinação pública e são empregados por

ocupantes pobres para fins de moradia – direito fundamental de expressão ou impacto territorial. Embora a ocupação não lhes assegure o direito de aquisição dos imóveis, ela lhes assegura outros direitos, como, por exemplo, o direito de propor ações possessórias contra terceiros, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, o direito ao ressarcimento pelas benfeitorias realizadas etc.

Além disso, reconhece-se que os títulos de uso privativo atribuem aos seus beneficiários o direito de usar o imóvel para atender determinados fins – destinações – as quais não podem ser afastadas pelo beneficiário ou por quem adquira os citados direitos de uso. Neste sentido, a circulação destes títulos não é livre, como se poderia imaginar em um primeiro momento, pois, eles somente poderão ser adquiridos por sujeitos aptos a realizar a citada afetação. Por exemplo, se estes títulos foram outorgados no âmbito de políticas de regularização fundiária para atender às necessidades de populações de baixa renda e, posteriormente, um dos beneficiários hipotecar o seu título e não conseguir quitar a dívida, o adquirente final do título deverá se subsumir ao perfil do titular original. Caso contrário, estar-se-á diante de um caso de desvio de finalidade – aquela finalidade prescrita no título ou constante do processo que o originou – e, portanto, esta aquisição se mostrará ilícita e passível de anulação.

Todas estas considerações evidenciaram que é necessária a atualização da produção jurídica brasileira – leis, atos administrativos, jurisprudência e doutrina – sobre a propriedade pública urbana. Assim, ainda que de forma não exaustiva, é possível apresentar algumas propostas voltadas a satisfazer à sobredita necessidade. Por um lado, é possível apontar algumas linhas investigativas que, até este momento, foram pouco abordadas pela doutrina. Por outro lado, pode-se apresentar algumas propostas que objetivam adequar a produção legislativa, a atuação administrativa e a jurisprudência brasileiras à função social da propriedade pública urbana.

Longe de esgotarem o tema, as considerações aqui apresentadas indicaram novas linhas e possibilidades de investigação doutrinária acerca dos bens públicos urbanos. Os resultados acima expostos e, principalmente, aqueles que serão obtidos a partir das novas pesquisas mencionadas contribuirão para aperfeiçoar as leis, as ações administrativas e, até mesmo, as decisões judiciais de casos relacionados à função social dos bens públicos urbanos.

Dessa forma, percebe-se a necessidade de se aumentarem e aprofundarem as análises – tanto no Direito Administrativo quanto no Direito Urbanístico – sobre a propriedade pública urbana, tendo por foco a função social urbanística. Entre estes novos estudos, enfatiza-se, por exemplo, a necessidade de se desenvolverem novas pesquisas sobre os títulos de uso privativo de bens públicos urbanos e a sua relação com a função social.

Ademais, devem-se realizar novas investigações sobre a forma como a função social da propriedade pública urbana vem sendo incorporada pelos textos jurídico-normativos locais de Direito Urbanístico. Neste sentido, pode-se examinar, por exemplo, como os instrumentos de Direito Urbanístico são prescritos, empregados e articulados para realizar cada um dos nove conjuntos de possibilidades de destinação que podem ser atribuídas aos bens públicos urbanos. Igualmente, pode-se analisar se os sobreditos textos jurídico-normativos locais são cumpridos pelas pessoas jurídicas de direito público, principalmente, pelos Entes Federados – União, Estados-membros, Distrito Federal e pelos próprios Municípios.

Embora a função social da propriedade pública urbana tenha densidade normativa suficiente para identificar a licitude ou a ilicitude dos comportamentos, os argumentos acima mostraram a importância da atualização das bases legislativas brasileiras. Como se viu, o regime jurídico dos bens públicos brasileiros se caracteriza por uma elevada inflação legislativa que compromete a segurança jurídica e, portanto, cria dificuldades à gestão dos bens públicos urbanos. Além disso, as propostas de atualização legislativa também se justificam devido às inúmeras dificuldades encontradas na aplicação da função social urbanística.

Como forma de afastar estes problemas, torna-se imperiosa a criação de um novo marco legislativo federal para os bens públicos urbanos pertencentes à União e às pessoas jurídicas de direito público criadas por ela. Apesar de o regime federativo brasileiro garantir a cada um dos Entes federados a prerrogativa de legislar e gerir os seus bens, pragmaticamente, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios tendem a reproduzir as leis e práticas administrativas da União. Assim, a criação deste novo marco legislativo federal se apresenta importante devido à sua difusão e impactos sobre toda a Federação.

Esta nova lei deve ser elaborada com base na realidade brasileira e na estrutura de escassez que é uma das marcas fáticas desta matéria. Ademais, ela deve ter por fundamento e por escopo a realização da função social da propriedade pública urbana. Dessa forma, buscar-se-á evitar a criação de medidas e ações casuísticas que visam adotar fórmulas universais que, de fato, vilipendiam os bens públicos sem considerar a sua importância para a realização do direito à cidade.

Outrossim, a União e os Estados-membros devem elaborar os seus planos de ordenação territorial, de forma a possibilitar que os Municípios insiram estas determinações nos seus planos diretores e demais leis urbanísticas locais. Nesta senda, estabelecer-se-á a harmonização de todos estes textos jurídico-normativos, de forma semelhante ao que se verificou nos casos francês e português. Ainda no que concerne a estes aspectos, os diversos

planos setoriais federais, estaduais e municipais devem prescrever, de forma clara, a localização ou critérios que permitam definir a localização das intervenções que serão realizadas.

Os Municípios devem se inspirar nas experiências da Europa latina ocidental para criarem planos urbanísticos dotados de elevada carga de operacionalidade. Consoante às recomendações do Ministério das Cidades, os Municípios devem incorporar as leis de zoneamento, uso e ocupação do solo aos seus planos diretores e, assim, indicarem as destinações urbanísticas públicas permitidas, toleradas ou vedadas em cada parte do seu território. Outrossim, estes planos devem prescrever as principais intervenções, ou as intervenções prioritárias que devem ser realizadas em cada zona, bem como a previsão do cronograma e dos custos delas, de forma a orientar a atuação dos gestores públicos. Ainda neste sentido, devem-se deixar claras as regras construtivas aplicáveis às intervenções públicas e os procedimentos para a obtenção das diversas licenças urbanísticas – construção, demolição, reforma e funcionamento – que se aplicam às pessoas jurídicas de direito público.

Em relação à atuação administrativa, os Entes Públicos devem incorporar os princípios da prevenção, da precaução, da eficiência e da efetividade nas diversas políticas públicas que, de forma direta ou indireta, produzam efeitos territoriais. Assim, para evitar que as políticas de regularização fundiária de ocupações de bens públicos não logrem êxito, os Entes Públicos devem avaliar cada caso criteriosamente. Após este exame eles decidirão se a hipótese exige a transferência da propriedade aos ocupantes ou a outorga de um título de uso privativo, selecionando-se, neste caso, o título mais adequado a cada situação. Em ambos os casos, os Entes Públicos deverão deixar claro diversos aspectos, como, por exemplo, a destinação concreta que deve ser dada ao bem pelo beneficiário e se o bem retornará ao Ente Público, caso o ocupante, tornado proprietário, deseje aliená-lo. Outro aspecto que deve estar prescrito expressamente se refere à determinação de que o uso privativo outorgado pelos respectivos títulos somente poderá ser exercido por quem se subsumam ao mesmo perfil socioeconômico do primeiro beneficiário.

Outrossim, os Entes Públicos devem, também, abandonar a postura tradicional de não registrar os bens públicos urbanos, seguindo, portanto, a legislação aplicável que prescreve explicitamente que este é um dever dos proprietários públicos. Ademais, eles devem desenvolver programas que objetivem identificar, demarcar, registrar e atribuir destinações adequadas aos bens públicos urbanos.

Os Entes Federados devem aprimorar os instrumentos de controle administrativo sobre os imóveis urbanos que lhes pertencem, bem como sobre aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público que eles criaram. Igualmente, os Entes Públicos devem

aperfeiçoar os instrumentos de controle interfederativo sobre os bens públicos e devem exercer estas prerrogativas, abandonando, portanto, a postura omissiva que caracteriza a matéria. Especialmente os Municípios devem fiscalizar, adequadamente, o exercício das prerrogativas proprietárias públicas sobre os bens públicos localizados em seu território e, também, o cumprimento das determinações prescritas nas licenças de construção, reforma, demolição ou funcionamento.

Além disso, os Entes Federados devem criar políticas públicas de cooperação para a realização do direito à cidade e de gestão compartilhada dos bens públicos urbanos. Nestes casos, salientam-se alguns instrumentos e práticas já adotadas. Por exemplo, podem-se prescrever que os Municípios somente terão acesso aos recursos orçamentários provenientes de transferências voluntárias federais ou estaduais se eles cumprirem a função social da propriedade pública urbana. Além destas experiências, devem-se desenvolver programas e ações de auxílio e de transferência de conhecimentos para que os Municípios – principalmente os pequenos – possam criar a capacidade institucional necessária para cumprir os deveres decorrentes da função social.

No que concerne à atuação do Poder Judiciário, as decisões que foram citadas e analisadas apontaram que os magistrados ainda são refratários ao reconhecimento de que a função social da propriedade pública urbana é o fundamento central do regime dos bens públicos urbanos. Assim, este elemento deve ser incorporado às decisões dos casos que se relacionem aos citados imóveis, afinal, eles são a base física onde se realizarão atividades com potencialidades de realizar o interesse público urbanístico.

Porém, a aludida incorporação não se refere à simples menção textual do princípio nas sentenças. Ao contrário, exige-se o abandono de concepções retrógradas sobre a função social e sobre o regime jurídico dos bens públicos, as quais desconsideram o impacto da primeira sobre o segundo. Este é o caso, por exemplo, das inovações legislativas que, fundadas na função social da propriedade pública urbana, sustentam exegeses que protegem a situação jurídica dos ocupantes destes bens, notadamente, quando estes ocupantes pertencem a grupos socialmente vulneráveis.

Neste mesmo sentido, os magistrados devem reconhecer a elevada densidade normativa da função social da propriedade pública urbana. Esta elevada densidade normativa confere ao prinício juridicidade suficiente para sustentar decisões judiciais e, ao mesmo tempo, atribui a diversos sujeitos a legitimidade para exigir o seu cumprimento judicialmente, mediante várias espécies de instrumentos/ações judiciais.

Além das propostas de atualização da produção jurídica brasileira citadas, a função social da propriedade pública urbana descortinou possibilidades de participação individual e coletiva nas diversas decisões relativas aos imóveis públicos urbanos e no controle da gestão destes bens. Isto é, além das tradicionais formas de pressão política, as leis urbanísticas inseriram e institucionalizaram instrumentos e oportunidades para que os indivíduos e a sociedade civil organizada atuem nas diversas instâncias decisórias relacionadas aos bens públicos urbanos.

De um lado, as citadas leis expressamente atribuíram aos atores mencionados a legitimidade para participar nos discursos de justificação e de aplicação – controle *ex ante* – em casos relacionados diretamente aos citados bens. Neste sentido, tem-se, por exemplo, a participação popular na elaboração das leis urbanísticas, a institucionalização de diversas espécies de conselhos gestores de políticas públicas, o Estudo de Impacto de Vizinhança etc. Lado outro, nos termos acima mencionados, estes atores estão legitimados a exigir judicialmente – controle *ex post* – o cumprimento da função social dos imóveis públicos urbanos e o exercício adequado das prerrogativas proprietárias e não-proprietárias relacionadas a eles.

Assim, todos estes impactos, ilações e propostas se ligam à necessidade de atualizar as discussões e o sistema jurídico brasileiro, de forma a adequar o regime dos bens públicos urbanos à centralidade que a Constituição de 1988 atribuiu aos direitos fundamentais como cerne da noção de interesse público. É, neste sentido, que se espera que as construções aqui desenvolvidas permitam repensar e, quem sabe, contribuam na reconstrução do instituto da propriedade pública urbana.

REFERÊNCIAS

1 **Textos jurídico-normativos**

ALEMANHA. *Code civil allemand promulgue le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900.* Traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy Ullmann, R. Saleilles. Paris: L'Imprimerie Nationale, 1906.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1969). *Emenda n. 01, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 6047, de 22 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR – e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6047.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 15783, de 08 de novembro de 1922*. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783impressao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro e 1937*. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967*. Dispõe sôbre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3365, de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei n. 9760, de 05 de setembro de 1946*. Dispõe sôbre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000*. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm#1>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015*. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 2786, de 21 de março de 1956*. Altera a lei sôbre desapropriação por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2786.htm#art5>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 3071, de 01º de janeiro de 1916*. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 4132, de 10 de setembro de 1962*. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 4504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015 compilada.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6383, de 07 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Disponível em: <https://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6766, de 19 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ L6766.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6803, de 02 de julho de 1980*. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6803.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8025, de 12 de abril de 1990*. Dispõe sobre a alienação de bens imóveis residenciais de propriedade da União, e dos vinculados ou incorporados ao FRHB, situados no Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c civil_03/leis/L8025.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá

outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8883, de 08 de junho de 1994*. Altera dispositivos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9636, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis ns. 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o §2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9648, de 27 de maio de 1998*. Altera dispositivos das Leis n. 3.890-A, de 25 de abril de 1961, n. 8.666, de 21 de junho de 1993, n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n. 9.074, de 7 de julho de 1995, n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 10257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#atosilicitos>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 10522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 10683, de 28 de maio de 2003*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11107, de 06 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11124, de 16 de junho de 2005*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11445, de 05 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis ns. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n. 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11481, de 31 de maio de 2007*. Dá nova redação a dispositivos das Leis ns. 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis ns. 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2007-2010/2007/Lei/L11481.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11483, de 31 de maio de 2007*. Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Le i/L11483.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11977, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis ns. 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12016, de 07 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis ns. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12587, de 03 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis ns. 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis ns. 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil –SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis ns. 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.ht m>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12836, de 02 de julho de 2013*. Altera os arts. 2º, 32 e 33 da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12836.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13043, de 13 de novembro de 2014*. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata a Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011; altera as Leis ns. 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, 12.431, de 24 de junho de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.996, de 18 de junho de 2014, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 11.977, de 7 de julho de 2009, 12.409, de 25 de maio de 2011, 5.895, de 19 de junho de 1973, 11.948, de 16 de junho de 2009, 12.380, de 10 de janeiro de 2011, 12.087, de 11 de novembro de 2009, 12.712, de 30 de agosto de 2012, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 11.488, de 15 de junho de 2007, 6.830, de 22 de setembro de 1980, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 12.860, de 11 de setembro de 2013, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 12.598, de 21 de março de 2012, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 11.371, de 28 de novembro de 2006, 9.481, de 13 de agosto de 1997, 12.688, de 18 de julho de 2012, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 11.438, de 29 de dezembro de 2006, 11.478, de 29 de maio de 2007, 12.973, de 13 de maio de 2014, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 11.972, de 6 de julho de 2009, 5.991,

de 17 de dezembro de 1973, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.775, de 17 de setembro de 2008, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, e 10.865, de 30 de abril de 2004, e o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969; revoga dispositivos do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, das Leis ns. 5.010, de 30 de maio de 1966, e 8.666, de 21 de junho de 1993, da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm#art114>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13089, de 12 de janeiro de 2015*. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13105, de 16 de março de 2015*. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13116, de 20 de abril de 2015*. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis ns. 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13116.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13139, de 26 de junho de 2015*. Altera os Decretos-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, n. 2.398, de 21 de dezembro de 1987, a Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, e o Decreto-Lei n. 1.876, de 15 de julho de 1981; dispõe sobre o parcelamento e a remissão de dívidas patrimoniais com a União; e dá outras providências. Disponível em: <htt p://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13139.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13240, de 30 de maio de 2015*. Dispõe sobre a administração, a alienação, a transferência de gestão de imóveis da União e seu uso para a constituição de fundos; altera a Lei n. 9636, de 15 de maio de 1998, e os Decretos-Lei ns. 3438, de 17 de julho de 1941, 9760, de 05 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, e 2398, de 21 de dezembro de 1987; e revoga dispositivos da Lei n. 13139, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13240.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13259, de 16 de março de 2016*. Altera as Leis ns. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, para dispor acerca da incidência de imposto sobre a renda na hipótese de ganho de capital em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e 12.973, de 13 de maio de 2014, para possibilitar opção de tributação de empresas coligadas no exterior na forma de empresas controladas; e regulamenta o inciso XI do art. 156 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13259.htm#art4>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13311, de 11 de julho de 2016*. Institui, nos termos do *caput* do art. 182, da Constituição Federal, normas gerais para a ocupação e utilização de área pública urbana por equipamentos urbanos do tipo quiosque, *trailer*, feira e banca de venda de jornais e de revistas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L133 11.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis ns. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015,11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis ns. 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n. 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2017.

BRASIL. *Medida Provisória n. 2183-56, de 24 de agosto de 2001*. Acresce e altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, das Leis ns. 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1º de março de 1991, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2183-56.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Medida Provisória n. 2220, de 04 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Mensagem n. 730, de 10 de julho de 2001*. Mensagem do Presidente da República referente ao veto parcial, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público do Projeto de Lei n. 181, de 1989 (n. 5.788/90 na Câmara dos Deputados), que "Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/Mensagem Veto/2001/Mv730-01.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. *Regulamento geral de contabilidade publica approvado pelo decreto n. 15783, de 08 de novembro de 1922*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/191 0-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano. *Resolução n. 25, de 18 de março de 2005*. Emitir orientações e recomendações para a elaboração do Plano Diretor. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-25-2005.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano. *Resolução n. 34, de 01 de julho de 2005, alterada pela Resolução recomendada n. 164, de 26 de março de 2014*. Emitir orientações e recomendações ao conteúdo mínimo do Plano Diretor, tendo por base o Estatuto das Cidades. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005_alterada.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 02, de 28 de maio de 2015*. Altera a Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, que "dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências", para permitir, excepcionalmente, a antecipação de receitas de que trata o inciso VI de seu art. 5º, na hipótese que prevê. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=268881&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 05, de 03 de abril de 2002*. Altera o §3º e revoga o §4º do art. 2º da Resolução n. 40, de 2001, do Senado Federal, que dispõe sobre os limites globais para o montante da dívida pública consolidada e da dívida pública mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em atendimento ao disposto no art. 52, VI e IX, da Constituição Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234510&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 05, de 28 de abril de 2014*. Acrescenta dispositivos ao art. 9º da Resolução do Senado Federal n. 50, de 1993, para incluir informações de risco político entre aquelas prestadas ao Senado Federal para avaliação de processos de renegociação ou rolagem de dívidas externas, e ao art. 23 da Resolução do Senado Federal n. 43, de 2001, para exigir a inclusão, na instrução dos pedidos de autorização de operações de crédito, de todos os pareceres e relatórios técnicos que embasaram as manifestações finais do Poder Executivo. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=267828&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 08, de 07 de abril de 2010*. Altera a Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=261128&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 10, de 04 de abril de 2013*. Acrescenta §9º ao art. 7º da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=266518&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 10, de 29 de abril de 2010*. Altera dispositivos da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, no intuito de aprimorar procedimentos da instrução de operações de crédito. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=261220&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 17, de 11 de novembro de 2015*. Altera a Resolução do Senado Federal n. 43, de 2001, que "dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências", para modificar as regras de cessão de recebíveis relativos aos direitos creditórios da dívida ativa. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=269363&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=AT U>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 19, de 05 de novembro de 2003*. Altera os arts. 3º, 7º e 24 da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, a fim de excluir de seus limites para operações de crédito aquelas contratadas junto ao Programa Nacional de Iluminação Pública Eficiente – Reluz, bem como para viabilizar a regularização de operações contratadas em conformidade à Lei n. 9.991, de 24 de julho de 2000, porém não-autorizadas pelo Ministério da Fazenda ou pelo Senado Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=237712&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 19, de 22 de dezembro de 2011*. Altera as Resoluções ns. 43, de 2001, e 48, de 2007, do Senado Federal, para permitir a contratação de operações de crédito destinadas à regularização de inadimplência com instituições do sistema financeiro nacional, e dá outras providências**.** Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=264445&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 20, de 05 de junho de 2002*. Autoriza o estado de são Paulo a contratar operação de crédito externo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) no valor total equivalente a US$ 34,000,000. 00 (trinta e quatro milhões de dólares norte-americanos). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ ListaPublicacoes.action?id=234790&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 21, de 18 de julho de 2012*. Altera o §2º do art. 32 da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, para aprimorar procedimentos de instrução de operações de crédito e concessão de garantias. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=265350&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 29, de 25 de setembro de 2009*. Altera dispositivos da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, a fim de excluir dos limites para operações de crédito aquelas contratadas no âmbito do programa de empréstimo aos Estados e ao Distrito Federal de que trata o art. 9-N da Resolução n. 2.827, de 30 de março de 2001, do Conselho Monetário Nacional (CMN), e suas alterações. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=259697&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 32, de 12 de julho de 2006*. Altera a redação do art. 15 da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=254423&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 36, de 11 de novembro de 2009*. Altera o dispositivo da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, introduzindo critério alternativo para o cálculo do comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos da dívida consolidada. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id =260053 &tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 40, de 15 de dezembro de 2006*. Altera os arts. 15, 16 e 21 da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, para permitir contratação de operações de crédito já autorizadas no âmbito desta Resolução, dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo; e para estabelecer que, a partir de 30 de abril de 2007, as verificações de adimplência e certidões exigidas por aqueles dispositivos devem referir-se ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) de todos os órgãos e entidades do ente público ao qual está vinculado o tomador da operação de crédito. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=255116&tip oDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 40, de 20 de dezembro de 2001*. Dispõe sobre os limites globais para o montante da dívida pública consolidada e da dívida pública mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em atendimento ao disposto no art. 52, VI e IX, da Constituição Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234173&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 43, de 21 de dezembro de 2001*. Dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id =234195&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 45, de 31 de agosto de 2010*. Altera os arts. 7º e 15 da Resolução n. 43, de 2001, do Senado Federal, para aprimorar procedimentos de instrução de operações de crédito e financiamento de infraestrutura para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=262652&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 126, de 08 de novembro de 1985*. Suspende, por inconstitucionalidade, a execução do art. 11 do Decreto-lei Federal n. 554, de 25 de abril de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=129858&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ESPANHA. *Constitución Española de 31 de octubre de 1978.* Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Documents/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Ley de 12 de mayo de 1956*. Sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1956/135/A03106-03134.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Ley 33/2003, de 03 de noviembre*. Del patrimonio de las administraciones públicas. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-20254>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Por el que se publica el Código Civil. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Real Decreto n. 1346/1976, de 9 de abril*. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Disponível em: <https:// www.boe.es/buscar/pdf/1976/BOE-A-1976-11506-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Real Decreto Legislativo n. 1/1992, de 26 de junio*. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/1992/06/30/pdfs/A22238-22274.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Real Decreto Legislativo n. 2/2008, de 20 de junio*. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2008/BOE-A-2 008-10792-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ESPANHA. *Real Decreto Legislativo n. 7/2015, de 30 de octubre.* Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Disponível em: <http://www.boe .es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11723-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Constitution du 04 octobre 1958.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Code civil.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsess ionid=20053EB7394E3CAD040E8B103AD2125E.tplgfr38s_1?cidTexte=LEGITEXT000006 07 0721&dateTexte=20180126>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Code de l'urbanisme.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode. do;jsessionid=6258BD7EA52B000781D7DFBEFF21374B.tpdila09v_3?cidTexte=LEGITEX T000006074075&dateTexte=20170301>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Code de la voirie routière.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv. fr/affichCode.do;jsessionid=C8C86C97E10FC3BEB98FA0932E239F53.tpdila19v_1?idSecti onTA=LEGISCTA000006149494&cidTexte=LEGITEXT000006070667&dateTexte=201708 31>. Acesso em: 29 dez. 2016.

FRANÇA. *Code général de la propriété des persones publiques.* Disponível em: <https://ww w.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=95C6DF1615967EBFD46AE82509F1C9D9.tp lgfr41s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20180103>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen.* Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071192&dateTexte=20160310>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Loi 27 janveir 1804.* Code civil Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160619>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Loi n. 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000531809&fastPos=2&fastReqId=1272234900&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FRANÇA. *Loi n. 2011-725 du 23 juin 2011 portant dispositions particulières relatives aux quartiers d'habitat informel et à la lutte contre l'habitat indigne dans les départements et régions d'outre-mer*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024249135&fastPos=1&fastReqId=1324520803&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Costituzione della Reppublica italiana del 22 dicembre 1947.* Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Decreto del presidente della Reppublica 6 giugno 2001, n. 380.* Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-10-20&atto.codiceRedazionale=001G0429&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D380%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2001%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Decreto del presidente della Reppublica 8 giugno 2001, n. 327*. Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-08-16&atto.codiceRedazionale=001G0372&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Decreto del presidente della Reppublica 24 luglio 1977, n. 616*. Attuazione della, delega cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1977-08-29&atto.codiceRedazionale=077U0616&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66*. Codice dell'ordinamento militare. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-05-08&atto.codiceRedazionale=010G0089&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D66%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2010%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*. Nuova disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle

controversie di laovo e di giursdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1998-04-08&atto.codiceRedazionale=098G0120&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.
ITÁLIA. *Legge 2 aprile 1865, n. 2215*. Códice civile del Regno d'Italia. Torino: Tipografia Eredi Botta; Firenze: Tipografia Reale, 1865.

ITÁLIA. *Legge 2 febbraio 1974, n. 64*. Provvedimenti per la costrutioni com particolari prescrizioni per le zone sismiche. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1974-03-21&atto.codiceRedazionale=074U0064&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D64%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D1974%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge 6 agosto 1967, n. 765*. Modifiche ed integrazioni alla legge urbanística 17 agosto 1942, n. 1150. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1967-08-31&atto.codiceRedazionale=067U0765&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D765%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D1967%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge 8 giugno 1990, n. 142*. Ordenamento delle autonomie locali. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-06-12&atto.codiceRedazionale=090G0189&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge 17 agosto 1942, n. 1150*. Legge urbanística. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-1016&atto.codiceRedazionale=042U1150&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge 22 luglio 1975, n. 382*. Norme sull'ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1975-08-20&atto.codiceRedazionale=075U0382&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge 28 febbraio 1985, n. 47*. Norme in materia di controlo dell'ativitá urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria dele opere edilizie. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1985-03-02&atto.codiceRedazionale=085U0047&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge 28 gennaio 1977, n. 10*. Norme per la edificabilitá dei suoli. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1977-01-29&atto.codiceRedazionale=077U0010&currentPage=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*. Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-10-24&atto.codiceRedazionale=001G0430>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ITÁLIA. *Régio decreto 16 marzo 1942, n. 262*. Approvazione del texto del codice civile. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>. Acesso em: 20 abr. 2016.

IUSTINIANUS IMPERATOR. *Corpus iuris civilis*. Organização: Iustiniani Institutiones, a cargo de Paulus Krueger; Iustiniani Digesta a cargo de Theodorus Mommsen. Berolini apud Weidmannos, 1889.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Vancouver declaration on human settlements*. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The_Vancouver_Declaration_1976.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The habitat agenda*: Istanbul declaration on human settlements. Disponível em: <http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The-Hab itat-Agenda-Istanbul-Declaration-on-Human-Settlements-2006.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976.* Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PORTUGAL. *Decreto-lei n. 47.344/1966, de 25 de novembro*. Código civil português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 80/2015 de 14 de maio*. Desenvolve as bases da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, definindo o regime de coordenação dos âmbitos nacional, regional, intermunicipal e municipal do sistema de gestão territorial, o regime geral de uso do solo e o regime de elaboração, aprovação, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/67212743>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PORTUGAL. *Lei n. 31/2014 de 30 de maio*. Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2014/05/10400/0298803003.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PORTUGAL. *Lei n. 58/2007 de 04 de setembro.* Aprova o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/17000/0612606181.PDF>. Acesso em: 20 abr. 2016.

2 **Obras gerais e trabalhos acadêmicos**

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*: i soggetti attivi e l'espicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978. v. 1.

_____. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Dott. Antonino Giufrè Editore, 1953.

AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro. *A desertificação neoliberal no Brasil*: Collor, FHC e Lula. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

AQUINO. Tomás de. *Suma teológica*. Madrid: Ibarra, 1956. t. VIII.

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

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASSINI, Nicola; MANTINI, Pierluigi. *Manuale di diritto urbanistico*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997.

AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. *Droit de l'urbanisme et de la construction*. 10. ed. Paris: Issy-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2015.

AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Droit administratif des biens*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: forense, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 7.ed. Paris: Arthur Rosseau, 1913.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro*: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. 5.ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Locke e o direito natural*. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONIZZATO, Luigi. *O advento do estatuto da cidade e consequências fáticas em âmbito da propriedade, vizinhança e sociedade participativa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada*: entre o privilégio e a liberdade. Lisboa: Fundação Manuel dos Santos, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Pádua: CEDAM, 1960.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Calouste Gubelkian, 1989.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *O consórcio imobiliário como instrumento de intervenção urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil.* São Paulo: Classic Book, 2000. v.1.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da república no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1960. v. 3.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CINTRA, Carlos Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CONDESSO, Fernando dos Reis. *O ordenamento do território*: administração pública do território, direito do planeamento territorial, economia regional e políticas europeias. Lisboa: ISCSP, 2004.

CORREIA, Arícia Fernandes; LUFT, Rosângela Marina; NASCIMENTO, Alessandra dos Santos; CALDAS, Bianca de Fátima Teixeira; LOPES, Evandro Dalbem; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado; MENDONÇA, Rafael da Mota; SILVA, Cláudia Souza Mendes da; PESTANA, Juliana de Fátima Corrêa; LIMA, Luciana Albuquerque. *Não tinha teto, não tinha nada*: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2016. (Série pensando o direito; 60)

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. v.1

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. *A constitucionalização do direito de propriedade privada.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COSTA, Igor Sporch da. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2007.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga:* estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1929.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
_____. *Tratado do domínio* público. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Tradução: Zilda Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.* São Paulo: Saraiva, 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico.* Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*: conférences faites à l'École des hautes études sociales. Paris: Librairie Félix Alcan e Guillaumin réunis, 1908.
_____. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913

_____. *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

_____. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librarie Fontemoing & Cie. Éditeurs E. boccard, sucecesseur, 1923, t.3.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. Tradução Lívia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gubelnkian, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. v. 2.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo.* Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada:* aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra). Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001.

FLEINER, Fritz. *Les principes généraux de droit administratif allemand*. Tradução de Eisenmann. Paris: Delagrave, 1933.

FONSECA, Tito Prates. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1939.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FOULQUIER, Norbert. *Droit administratif des biens*. 2. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública:* a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão, a era da motivação administrativa, a responsabilidade do Estado por ações e omissões, a releitura de institutos à luz do direito à boa administração, os princípios da prevenção e da precaução, o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano, a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 25. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

FUKUYAMA, Yoshihiro Francis. *Construção de estados*: governo e organização mundial no século XXI. Tradução Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

FURTADO, Celso. *Análise do modelo brasileiro*. 4.ed. Rio de Janeiro: Civ. brasileira, 1973.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*: droit administratif des biens. 15. ed. Paris: LGDJ, 2014. (tome 2)

GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Droit administratif des biens*: domaine, travaux, expropriation. 10. ed. Paris: Sirey, 2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUETTIER, Christophe. *Droit administratif des biens*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito.* 22. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUZZO, Gerardo. *La pianificazione urbanistica*: soggetti, contenuti e ambiti applicativi. Milano: Giuffrè, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, n. 76: Série Estudos Alemães).

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général*: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques. 4. ed. Paris: Sirey, 1900.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. (v. 1, 2 e 3.)

_____. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. *Os fundamentos da liberdade.* Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACQUOT, Henri; PRIET, François. *Droit de l'urbanisme*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KALFLÈCHE, Grégory. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.

LACAZE, Jean-Paul. *Os métodos do urbanismo*. Campinas: Papirus, 1993.

LACLAU, Ernesto. MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista*: hacia uma radicalización de la democracia. Madrid: Siglo XXI, 1987.

LAMAS, José M. Ressano Garcia. *Morfologia urbana e desenho da cidade.* Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1992.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe; ITALIA, Vittorio. *Manuale di diritto amministrativo*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 1999

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico.* Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. são Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana.* Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LEITE, José Rubens Morato. *Direito ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEÓN, José María Baño. *Derecho urbanístico común*. Madrid: Iustel, 2009.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

LIMA, Magna Corrêa de. *Propriedade urbana*: uma perspectiva sócio-jurídica. 1999. Dissertação (mestrado em Direito da Cidade). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

LIMA, Rui Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*: sesmarias e terras devolutas. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954. (Estante revista jurídica: 3)

_____. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIRA, Ricardo Pereira. *Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Riex, 1991.

_____. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Marseley de Matos Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOZANO, Juan Miguel Martinez. *Primera aproximación a los incentivos fiscales para la protección de las especies protegidas: el caso del Águila Imperial. Doc. 15/10*. Dirección General de Tributos. Madri: Instituto de Estúdios Fiscales, 2001.

LUCARELLI, Franceso. *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici.* Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1990.
LUFT, Rosângela Marina. *Políticas públicas urbanas*: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Regularização fundiária urbana de interesse social*: a coordenação entre as políticas de urbanismo e de habitação social no Brasil a luz de experiências do direito francês. 2014. Tese (doutorado em cotutela em Direito da Cidade e em Droit Public et Fiscal). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Faculté de Droit de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Rio de Janeiro/Paris. 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *O impasse da política urbana no Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

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

MARSHALL, T. H.. *Cidadania, classe social e status.* Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*: comentários à lei de improbidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer, Nélio Schneider (colaboração de Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman). São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

_____. *O capital*: crítica da econômica política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stiner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. Tradução Rubens Enderle, Nélio Scheider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Manifesto comunista*. Tradução Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói. *Contribuições ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho administrativo*. 24. ed. Cizur Menor Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.

MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*: partie spéciale: le droit public des choses, expropriation, domaine public, etc. Paris: V. Giard e E. Briére, 1905. (tome 3.)

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito de construir*. 9. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 24. ed. Atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

MIHALIUC, Katherine de Macedo Maciel. *Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados:* estudos face de um paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 3.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e o direito urbanístico*: instrumentos jurídicos para um futuro melhor. São Paulo: Forense, 1975.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVA, Ángel Antón. *Derecho urbanístico.* Madrid: Centro de Estudíos Financieros, 1998.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Direito do urbanismo*: do planeamento à gestão. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2010.

_____. *Novas tendências do direito do urbanismo*: de um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSTROVITIANOV, Konstantin Vasilevich. *Modos de produção pré-capitalistas*. São Paulo: Global, 1988.

OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: EISA, 1955.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*: bienes públicos e derecho urbanístico. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 1991. v. 3.

_____. *Derecho urbanístico*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

_____. *Instituições de direito civil*. 23. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 1.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do Estado dos anos 90*: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 1)

PEREIRA, Paulo Cesar Xavier. *São Paulo*: a construção da cidade – 1872-1914. São Carlos: RiMa, 2004.

PEREIRA, Vítor Pimentel. *O direito de preempção urbanístico*: seus contornos e controvérsias. 2010. Trabalho apresentado na disciplina de Direito da Cidade do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mestrado em Direito da Cidade). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

PERINI, Eliana C.. *Propriedade como direito subjetivo e função social da propriedade urbana* : a função social da propriedade como princípio corroborador do modo de apropriação capitalista. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della "proprietà"*. Camerino: Jovene Editore, 1971.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, direito das coisas: propriedade, aquisição da propriedade imobiliária. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. t. 11, p. 60.

PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*. Dijon: Victor Lagier, 1833. (tome 1).

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Qu'est-ce que la proprieté?* Ou recherches sur le príncipe du droit et du gouvernement. Paris: Chez J.-F. Brocard, 1840.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

RÉCY, René Bauny de. *Traité du domaine public*. 2. ed. Paris: Paul Dupont, 1894. (tome 1).

ROCCO, Rogério. *Estudo de impacto de vizinhança*: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*: studi sulla proprietà privata. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito:* uma introdução. Coimbra: Almedina, 1994.

ROSEMBUJ, Tulio. *El impuesto ambiental*. Barcelona: Editorial El Fisco, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalité parmi les hommes/discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Rio de Janeiro: Rio, [1977]. 1v. (Bilíngüe, n. 2)

_____. Do contrato social. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Obras de Jean-Jacques Rousseau*: Do contrato social; Da sociedade geral do gênero humano; Projeto de Constituição para a Córsega; Carta ao Sr. Buttafuoco; Considerações sobre o governo da Polônia; Os projetos de

Saint-Pierre; Ensaio sobre a origem das línguas. Rio de Janeiro: Globo, 1962. (Biblioteca dos Séculos, n. 2).

SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Diritto urbanistico*. 7. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 2002.

SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952.
_____. *Scritti giuridici*: VI – diritto urbanístico. Napoli: Jovene editore, 1990.

SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva. *Economia, espaço e sociedade no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira.* 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1994.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*: a política social na ordem brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; MULLER, Cristiano; SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; UZZO, Karina; OSÓRIO, Letícia Marques; CASIMIRO, Ligia Melo de; MARQUES, Sabrina Durigon; GINTERS, Isabel; KOETZ, Vanessa. *Regime jurídico dos bens imóveis da União Federal*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2010. (Série pensando o direito; 39.)

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico*: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?* Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os economistas, v. 1 e 2).

SOLER-COUTEAUX, Pierre; CARPENTIER, Elise. *Droit de l'urbanisme.* 6. ed. Paris: Dalloz, 2015.

SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos indeterminados" no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico.* 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1.v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A função social da posse*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2004.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VILLAÇA, Flávio. *O que todo cidadão precisa saber sobre habitação.* São Paulo: Global, 1986.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado*: sob o prisma das relações jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZANOBINI, Guido. *Corso di dirito amministrativo*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1958. v. 4.

3 **Artigos e capítulos de livros**

ALBANO, Maria Tereza Fortini. Plano diretor e impacto de vizinhança: algumas ideias encaminhadas pela prefeitura de Porto Alegre. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 251-267.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Capítulo I: da concessão de uso especial. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 409-431.

_____. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 157-172.

ALFONSIN, Jacques Távora. Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo estatuto da cidade. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 61-76.

ALVES, Nelson Vieira; COSTA, Igor Sporch da. Subsídios à discussão dos contratos administrativos a partir da fundamentalidade do direito de morar: notas sobre a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia. In: CORREIA, Arícia Fernandes. *Moradia e exclusão social na metrópole*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016. p. 141-190

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "supremacia do interesse público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-22.

ARANTES, Paulo Tadeu Leite. Agrocidades, agronegócio e o surgimento das comunidades rurbanas. *Jornal do Agronegócio*, Viçosa, a. 1, n. 5, p. 10, 2004.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. Presentación. In: GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-273, 1995.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 173-217.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. vii-xviii.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 47-79.

BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 117-136.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 119-171.

BOHTE, Anja. Direito do urbanismo, do ordenamento do território e dos solos em Portugal e na Alemanha. *Revista jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, n. 4, p. 289-319, 2014.

BOTREL, Karla. Restrições urbanísticas à propriedade privada. In: MUKAI, Toshio (Org.). *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 117-149.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. I. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307-372.

BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de. Territórios transversais. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 115-123.

BROUANT, Jean-Philippe. Aménagement du territoire. In: JÉGOUZO, Yves (Org.). *Droit de l'urbanisme*: dictionaire pratique. 2. ed. Paris: Le Moniteur, 2013. p. 62-63.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 335-354.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ação civil pública e Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 393-409.

CARDOSO, Fernando Henrique. Desenvolvimento: o mais político dos temas econômicos. *Revista de Economia Política*, v.15, n.04, p.148-155, out/dez. 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67-84.

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 68., n. 2. p. 67-84, abr/jun 2002.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: SALMA, Bruno Meyerhof. *Direito e econômica*: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 115-144.

COSTA, Igor Sporch da. A defesa do patrimônio cultural imobiliário: um ensaio acerca dos óbices e limites dos instrumentos jusurbanísticos de preservação. In: Vânia Siciliano Aiêta. (Org.). *Cadernos de direito da cidade*: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 111-158.

_____. A natureza jurídica da função pública no Brasil e na Itália: contributos teóricos para a compreensão da aproximação entre os regimes estatuário e contratual. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 911, p. 295-349, set. 2011.

_____. A progressividade extrafiscal da alíquota de IPTU como instrumento de concretização do direito à cidade: contributos para a harmonização das normas jusurbanísticas. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 100, vol. 908, p. 353-405, jun. 2011.

_____. De Moby Dick ao cardume ou sobre a multiplicidade dos regimes jurídicos proprietários: um esboço jurídico-econômico da função social do imóvel urbano. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*: estudos em homenagem ao professor Luís Roberto Barroso e em comemoração dos vinte anos do Curso de Direito da UFV. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 205-236.

_____. O urbanismo e o direito por um prisma interdisciplinar: um estudo sobre a produção normativa para a efetivação do direito à cidade. *Revista de direito administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, v. 255, p. 161-192, set./dez. 2010.

_____. Para além das semelhanças: um ensaio sobre a autonomia e a simbiose entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 946, p. 187-230, ago. 2014.

COSTA, Regina Helena. Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). *Temas de direito urbanístico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 109-128.

DAMATTA, Roberto. Em torno do autoritarismo político e social: reflexões, dúvidas, indagações. *Educação e Sociedade*, v.16, n. 53, p. 675-693, 1995.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-9.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais neoliberais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.

DOMINGUES, José Maurício. Amartya Sen, a liberdade e o desenvolvimento. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 65, p. 57-70, mar. 2003.

ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 223-251.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261-277.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSÍN, Betânia. *Direito urbanístico*: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-23.

_____. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 11-52.

_____. Do código civil de 1916 ao estatuto da cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Estatuto da cidade e a lei de improbidade administrativa. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 370-392.

FONTINELLI, Maria Gabriela Telles; COSTA, Igor Sporch da. A usucapião especial urbana coletiva vista pelos tribunais: apontamentos jurisprudenciais sobre os óbices e as possibilidades do instrumento para a concretização do princípio da função social do imóvel urbano. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 102, vol. 928. p. 101-184, fev. 2013.

_____; _____. O direito de propriedade e a religião no ocidente: notas sobre as bases católicas e protestantes da função social. *Revista de direito privado*, São Paulo, ano 12. n. 48. p. 163-188, out./dez. 2011.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 155-171.

FREITAS, José Carlos de. Capítulo V: Disposições gerais. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 333-405.

FURTADO, Celso. Entre inconformismo e reformismo. *Economia política*, v. 9, n. 4, p. 6-28, out./dez. 1989.

_____. Reflexões sobre a crise Brasileira. *Revista de economia política*, v. 20, n. 4 (80), p. 3-7, out./dez. 2000.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11-66.

GASPARINI, Diógenes. Direito de preempção. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001, atualizada de acordo com as

Leis 11.673/2008 e 11.977/2009. 3. ed. São Paulo: Malheiros; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. p. 192-221.

GORENDER, Jacob. Introdução. In: MARX, Karl. *Para a crítica da economia política; salário, preço e lucro; o rendimento e suas fontes*: a economia vulgar. Traduções de Edgar Malagodi... [*et. al.*]. São Paulo: Abril Cultural, 1982. (Os economistas). p. VII-XXIII.

GUIMARAENS, Maria Etelvina. Instrumentos de garantia da função social da propriedade urbana: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de reforma urbana. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 121-136.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 8. p. 163-170, jan./mar. 2003.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 274-302, 1995.

HARDIN, Garret. La tragedia de los comunes. *Revista ambiente y desarrollo*, Santiago del Chile, n. 23 (1). p. 53-63. 2007.

HARVEY, David. A liberdade da cidade. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 47-61.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. Introdução. In: MARX, Karl. *Formações econômicas pré-capitalistas*. Tradução João Maia. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

JÈZE, Gaston. Analyses et comptes rendus: L. Duguit, Le droit social. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, Paris, t, XXVI, n. 1, a. 6, p. 188-195, jan/mar, 1909.

_____. Du "droit" des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, Paris, t, XXVII, a. XVII, p. 695-712, 1910.

_____. Indépendance respective des immeubles riverains du domaine public et des dépendances du domaine public. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'etranger*, Paris, t, XXVII, a. XVII, p. 713-720, 1910.

KLINK, Federico Aguilera. El fín de la tragedia de los comunes. *Ecologia política*, Barcelona, n. 3. (Cuadernos de debate internacional). p. 137-145. 1990

LEAL, Rogério Gesta. Gestão pública compartida e organizações sociais: um novo paradigma à Administração Pública. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. p. 35-110.

LELIS, Davi Augusto Santana de. Uma teoria do interesse público. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*: estudos em homenagem ao professor Luís Roberto Barroso e em comemoração dos vinte anos do curso de direito da UFV. Viçosa: UFV, 2014. p. 162-187.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da cidade:* comentários à lei federal lei n. 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247-288.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma abordagem do direito. *Legislação*, Lisboa, n. 1. p. 39-49, abr./jun. 1991.

MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 32-46.

_____; FERREIRA, João Sette Whitaker. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade? In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 215-250.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo dos bens. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (v. 3) p. 25-282.

MATTOS, Liana Portilho. Arts. 1º, 2º e 3º. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 79-106.

MAZZARELLI, Valeria. Modelli codificati di uso del território. In: MAZZARELLI, Valeria (Org.). *Fondamenti di diritto urbanístico*. Roma: La Nuova Italia Scientífica, 1996. p. 71-131.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 9-10.

MENEGASSI, Jacqueline; OSÓRIO, Letícia Marques. Seção XII: do estudo de impacto de vizinhança. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 233-254.

MIRANDA, Daniel Moreira. Apresentação. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Marseley de Matos Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 9-22.

MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. In: MOTA, Mauricio (coord.) *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 257-286.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. In.: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da cidade*: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 289-299.

MOUFFE, Chantal. Desconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia. In: MOUFFE, Chantal. (Orgs.). *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 13-33.

MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 21-31.

MUKAI, Sylvio Toshiro. A constitucionalidade da concessão especial para fins de moradia. In: MUKAI, Toshio (Org.). *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 53-87.

MUSSOLINI, Benito. La dottrina del fascismo. In: MUSSOLINI, Benito. *Opera omnia.* A cura di Edoardo e Duílio Susmel. Firenze: La fenice, 1961. (v. XXXIV). p. 115-138.

NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, Coimbra, a. 1, n. 4, p. 107-144, dez-fev. 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120-154.

NOVAES, Giovana; COSTA, Igor Sporch da. O direito à cidade e a política de transporte urbano coletivo: reflexões a partir da relação entre a definição da tarifa e a participação popular no município de Ponta Grossa-PR. *Revista dos tribunais sul*, São Paulo, v. 1, p. 35-104, 2013.

OLIVEIRA, Cláudia Alves de. Estudo de impacto de vizinhança: um aspecto da função social da propriedade urbana. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da. (Org.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2009. p. 303-318.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, (Nova Fase), Belo Horizonte, n. 38, p. 197-210, 2000.

OLIVEIRA, Roberto Guena. Economia do meio ambiente. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR, Rudinei (Org.). *Manual de economia.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 529-541.

OSÓRIO, Letícia Marques; SOSO, Patrícia Helena. Direito de preempção. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 189-197.

_____; _____. Seção VIII: do direito de preempção. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 187-204.

PASQUALINI, Paulo Alberto. Notas de atualização. In: LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e sua função social. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 24, n. 93, p. 213-228, jan./mar. 1987.

PINHO, Evangelina; BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. Seção XI: transferência do direito de construir. In: MATTOS, Liana Portilho. (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 229-231.

PINTO, Victor Carvalho. Seção IV: da desapropriação sanção. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 145-150.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLW, Denilson Luis; MELLO, Rúrion Soares. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 145-192.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Orgs.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103-119.

ROCHA, Jefferson Marçal da. Uma utopia possível ou a busca do consenso? Análise do livro "desenvolvimento como liberdade" de Amartya Sen. *Redes*, Santa Cruz do Sul, v. 6, n. 2, p. 195-200, maio/ago. 2001.

RODRIGUEZ, Caio Farah. Propriedade: uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. In: BITTAR, Eduardo C.B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org.). *Temas de filosofia de direito*: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004. p. 205-219.

ROLNIK, Raquel. Apresentação: as vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 9-20.

_____. Outorga onerosa e transferência do direito de construir. In: OSÓRIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 199-213.

SALEILLES, Raymond. Notes et commentaires explicatifs du Livre 1 – Partie générale – Code civil allemand. In: ALEMANHA. *Code civil allemand promulgue le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900.* Traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy Ullmann, R. Saleilles. Paris: L'Imprimerie Nationale, 1906. p. 1-354.

SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista paranaense de desenvolvimento,* Curitiba, n. 120, p. 209-230, jan.-jun. 2011.

_____. Descentralização, participação e controle externo sobre os governos municipais no Brasil. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 2, n. 19, p. 17-43, 1º semestre de 2009.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Mitologias institucionais brasileiras: do Leviatã paralitico ao estado de natureza. *Educação e sociedade*, v. 16, n. 53, p. 790-804, 1995.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 23-117.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Capítulo III: do plano diretor. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado:* lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 255-294.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 219-248.

SILVA, José Borzacchiello da. O Estatuto da Cidade e a reforma urbana no Brasil. *GEOUSP*, São Paulo, n. 10. p. 9-26, 2001.

SOARES, Cláudia Alexandra Dias. A resposta do imposto ecológico. *Revista da ordem dos advogados de Portugal*, Lisboa, a. 61, p. 1105-1120, jul. 2001

TURRA, Bárbara Miranda. A concessão de direito real de uso como alternativa para a regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIM, Bethânia (Orgs.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 33-41.

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia; Et. al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013. p. 62-72.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos. *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. p. 169-243.

WEIGAND, Vera Maria. Concessão de direito real de uso: um discurso insustentável. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIM, Bethânia (Orgs.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 355-377.

_____. Concessão de direito real de uso e as novas disposições de registro imobiliário. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à cidade*: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad e Instituto Polis, 1999. p. 173-190.

_____. Concessão de direito real de uso no direito brasileiro. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 303-335.

4 **Decisões jurisprudenciais**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental na medida cautelar n. 12.457/RJ*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Sindicato Nacional dos Oficiais de Radiocomunicações da Marinha Mercante – (Assistente da Caixa Econômica Federal); União. Relator Ministro Luis Fux, Brasília, 06 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778099&num_registro=200700184650&data=20080618&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 470.565/PA*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Dagberto Nogueira da Silva. Interessado: Instituto Nacional De Colonização E Reforma Agrária – INCRA. Relator Ministro Humberto Martins. Relator para o Acórdão: Ministro Herman Benjamin, Brasília, 10 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1307366&num_registro=201400217347&data=20151116&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial n. 851.906/DF*. Agravante: Adriano Maurício Gomes Santos e Outros. Agravado: Companhia Imobiliária De Brasília TERRACAP. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1373069&num_registro=200600997595&data=20141211&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n. 80.905/RJ*. Requerente: Justiça Pública. Requerido: Kyung Gon Kim. Suscitante: Kyung Gon Kim. Suscitados: Juízo Federal da 1ª Vara de Angra Dos Reis – SJ/RJ; Juízo de Direito de Paraty – RJ. Relator Ministro Og Fernandes, Brasília, 10 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=882294&num_registro=200700447743&data=20090624&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de declaração no recurso especial n. 750.988/RJ*. Embargante: Paulino Campos Fernandes Bastos e Outros. Embargado: Município do Rio de Janeiro. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=705000&sReg=200500786900&sData=20070827&formato=HTML>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 62.506/PR*. Recorrente: Departamento de Estradas de rodagem do Estado do Paraná – DER/PR. Recorrido: Jorge André e Cônjuge. Relator Ministro Demócrito Reinaldo, Brasília, 19 de junho de 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500132397&dt_publicacao=19-06-1995&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 150.167/RJ*. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrida: Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Taborda. Relator Originário: Min. Adhemar Maciel. Relator para o Acórdão: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 17 de junho de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/ REJ.cgi/IMGD

?seq=265835&nreg=199700699633&dt=18/12/2000&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 242.073/SC*. Recorrente: União – sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA (extinta). Recorrida: Ana Maria Melim. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Relator para o Acórdão: Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região), Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=844858&num_registro=199901143799&data=20090629&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 260.238/ES*. Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A. Recorrido: Tereza Nicéia Fernandes e Outros. Relator Ministro Garcia Vieira, Brasília, 25 de setembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=75048&num_registro=200000504769&data=20000925&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 655.787/MG*. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Plínio Corrêa de Aquino e Outros. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 09 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=514523&num_registro=200400590280&data=20050905&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 667.939/SC*. Recorrente: União. Recorrido: Associação Catarinense de Defesa do Consumidor – ACADECO. Relator Ministra Eliana Calmon, Brasília, 20 de março de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=619496&num_registro=200400803418&data=20070813&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 747.871/RS*. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Eliana Calmon, Brasília, 21 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=702913&num_registro=200500744412&data=20081118&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 749.988/SP*. Recorrente: Estática Engenharia de Projetos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessados: Luiz Carlos Frayze David; Concremat Engenharia e Tecnologia S/A; Noronha Engenharia S/A e Outro; Pentágono Serviços de Engenharia Cível e Consultoria Ltda. e Outro; José Benedicto Pompeu de Jesus; Arthur Ferreira Neves Filho. Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=638471&num_registro=200500800935&data=20060918&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 808.708/RJ*. Recorrente: Dagmar Gonçalves da Fonseca. Recorrido: União. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5468392&num_registro=200600060728&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 816.585/RJ*. Recorrente: Maria Cândida Lopes da Silva. Recorridos: União; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relator Ministro José Delgado, Brasília, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2299104&num_registro=200600243606&data=20061026&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.071.741/SP*. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo; Marilda de Fátima Stankievski e Outro; Aparecido Silviero Garcia. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 24 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4712846&num_registro=200801460435&data=20101216&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.080.221/RS*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Sandro Drum. Relator Ministro Castro Meira, Brasília, 07 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28348131&num_registro=200801765827&data=20130516&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.168.632/SP*. Recorrentes: Alberto Clemente Castrucci e Outro. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Min. Luiz Fux. Luiz Fux (voto). Brasília, 01 de julho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=982962&sReg=200802657267&sData=20100701&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.183.266/PR*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Moyses Tosin. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 10 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14857504&num_registro=201000333214&data=20110518&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.203.500/RJ*. Recorrente: Olivia Araújo de Paula. Recorrido: Universidade do Estado do Rio De Janeiro – UERJ. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11939753&num_registro=201001290717&data=20101008&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.296.964/DF*. Recorrente: Distrito Federal. Recorridos: Miguel Gonçalves de Melo; Miguel Angel Villar Busto. Relator Luis Felipe Salomão, Brasília, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547602&num_registro =201102920822&data=20161207&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.370.254/SP*. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Clube Desportivo Municipal Manoel de Abreu e Outro. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 08 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6636

3769&num_registro=201300283240&data=20161129&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.448.026/PE*. Recorrente: Ana Lúcia Gomes Barbosa. Recorridos: Caixa Econômico Federal; Evandro de Sousa Passos; Marlene da Silva; Zélia Pereira da Conceição; Luiz Augusto Santiago de Alencar Barros Filho; Vânia Andrea Ferreira Maximinian; Veronice da Silva Malta; Evellyn Emanuella Souza da Silva; Ricardo Soares da Silva. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 17 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1555020&num_registro=201400819947&data=20161121&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.483.304/DF*. Recorrente: Elielton Oliveira da Silva. Recorridos: José da Silva Oliveira. Interessados: Eliete Oliveira da Silva; Benedita Vieira da Silva; Francisco Castro Frazão; José Alves da Silva; Maria das Graças Vieira da Silva. Relator Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57996761&num_registro=201402526411&data=20160315&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.590.022/MA*. Recorrente: União. Recorridos: Empresa Maranhense de Administração de Recursos Humanos e Negócios Públicos S/A – EMARHP; Cartório de Registro Geral de Imóveis 1ª Circunscrição de São Luís – MA; Joao Damasceno Cutrim Costa; Deusamar Ferreira Costa. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62479503&num_registro=201600664708&data=20160908&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 119*. Brasília, 08 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27119%27>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 329*. Brasília, 02 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação civil originária n. 678/TO*. Requerente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Requeridos: Instituto de Terras do Estado do Tocantins – INTERTINS; Agropecuária Santiago – Eldorado Ltda. Litisconsortes: Raul Leite Luna; Maria Thereza Uchôa Luna; Claudio Abel Ribeiro; Cordélia Junqueira Bastos Ribeiro; ACP - Alves da Cunha Participações Ltda.; Ivo Alves da Cunha; Luiz Sylvio Alves da Cunha; Ricardo Uchôa Luna; Espólio de Ulisses Leite Luna; Renato Junqueira Bastos Ribeiro; Levi Zylberman; Clarissa Polacow Zylberman; Ubirajara Spessotto de Camargo Freitas; Maria Valéria de Araujo Henriques. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 22 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607645>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.842/RJ*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel.: Min. Luiz Fux. Red.

Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337/SP*. Agravante: Município de São Paulo. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 84.279/DF*. Pacientes: Ricardo Antônio Borges; Joviano José Coutinho; Nicácio Pereira Alves; Flávio Ferreira da Silva; Fábio Francisco de Vasconcelos; José Fernando Rocha ou José Fernando Rocha Goulart. Coator: Superior Tribunal de Justiça – STJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5226544>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.247-5/DF*. Impetrante: Orestes Quércia. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 18 de setembro de 1980. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85042>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.332-2/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Rel.: Min. Moreira Alves. Brasília, 05 de setembro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347548>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 3388/RR*. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União Federal. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 600-0-190/SP*. Reclamante: Banco Sudameris Brasil S/A. Reclamado: Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 03 de setembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86899>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 64.559/SP*. Recorrente: Maria Carlota de Azevedo Penteado e Outros. Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Relator: Min. Eloy da Rocha. Brasília, 11 de maio de 1970. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=161392>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 75.731/PR*. Recorrente: Irineu Brugnolo e s/Mulher. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem – DER. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, 15 de maio de 1973. Disponível em: <http://redir.stf .jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=171350>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 93.661/SP*. Recorrente: Elzeário de Moraes. Recorrido: Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes. Relator: Min. Décio Miranda. Brasília, 06, de novembro de 1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187156>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 93.850/MG*. Recorrente: Jair Rodrigues Pereira. Recorrido: Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 20 de maio de 1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187342>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 99.571-4/ES*. Recorrentes: Prefeitura Municipal de Vitória e Estado do Espírito Santo. Recorrido: Espólio de José Guasti. Relator: Min. Eloy da Rocha. Brasília, 14 de outubro de 1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192004>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 99.849-7/PE*. Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Recorrido: Severino Floro de Lima e sua esposa. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de agosto de 1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192267>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 100.045-7/PE*. Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Recorrido: Espólio de Adolpho Pereira Carneiro, representado pela inventariante Odete Pereira Carneiro. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de agosto de 1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192455>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 100.433-9/RJ*. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 17 de dezembro de 1984. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1928 25>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 107.446/RJ*. Recorrente: Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Recorridos: Canecão – Promoções e Espetáculos Teatrais S/A e Associação dos Servidores Civis do Brasil. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 28 de junho de 1988. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=198896>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 161.552-4/MG*. Recorrente: Município de Salto. Recorrido: Vicente Chiafredo Donalisio e outros. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213826>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 220.906-9/DF*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Ismar José da Costa. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 599.628/DF*. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil Sociedade Anônima – ELETRONORTE. Recorrido: Sondotécnica Engenharia de Solos Sociedade Anônima. Relator: Min. Ayres de Britto. Relator para o Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6287 40>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 340*. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=340. NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 346*. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346. NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas >. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 473*. Brasília, 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473. NUME .%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 61/1997, recursos de inconstitucionalidad acumulados ns. 2.477/90, 2.479/90, 2.481/90, 2.486/90, 2.487/90 e 2.488/90/ recursos de inconstitucionalidad, acumulados a los anteriores, ns. 2.337/92, 2.341/92 y 2.342/92*. Recurrentes: Parlamento de Navarra; el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria; el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; la Diputación General de Aragón; la Junta de Castilla y León; el Gobierno de Canarias; el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Diputación General de Aragón; Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Recurridos: Estado. Presidente: don Enrique Ruíz Vadillo. Madrid, 20 de março de 1997. Disponível em: <http://www.tribuna lconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=19952>. Acesso em: 13 maio 2016.

ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 61/1997, recursos de inconstitucionalidad acumulados ns. 2.477/90, 2.479/90, 2.481/90, 2.486/90, 2.487/90 e 2.488/90/ recursos de inconstitucionalidad, acumulados a los anteriores, ns. 2.337/92, 2.341/92 y 2.342/92*. Recurrentes: Parlamento de Navarra; el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria; el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; la Diputación General de Aragón; la Junta de Castilla y León; el Gobierno de Canarias; el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Diputación General de Aragón; Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Recurridos: Estado. Presidente: don Enrique Ruíz Vadillo. Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (voto). Madrid, 20 de março de 1997. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Pagi nas/Sentencia.aspx?cod=19952>. Acesso em: 13 maio 2016.

ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 164/2001, recursos de inconstitucionalidad acumulados ns. 3004/98, 3144/98 y 3182/98*. Recurrentes: Parlamento de Navarra; ochenta y cuatro Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto, y el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. Recurrido: Estado. Presidente: don Pedro Cruz Villalón. Madrid, 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2001-15937.pdf>. Acesso em: 13 maio 2016.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Décision n. 86-207 DC du 26 juin 1986*. Parts: MM Pierre Joxe et d'autres députés e MM André Méric et d'autres sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social. Paris, 26 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-207-dc/decision-n-86-207-dc-du-26-juin-1986.8271.html>. Acesso em 30 dez. 2016.

FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 158592*. Parts: M. X. et o Estado. Presidente: M. Labetoulle. Relator: M. Costa. Comissário do Governo: M. Abraham. Paris, 03 de julho de 1998. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

FRANÇA. Conseil d'État. *Requête n. 183072*. Parts: Association de défense du site de l'environnement de Galluis e conseil municipal de la commune de Galluis. Président: M. Groux. Rapporteur: Mme Hubac. Commissaire du gouvernement: M. Bonichot. Paris, 17 de janeiro de 1997. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007896144&fastReqId=1298294617&fastPos=1>. Acesso em 28 dez. 2016.

FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 331134*. Parts: Commune de Levallois-Perret et M. et Mme D. Rapporteur: M. Christohe Eoche-Dual. Paris, 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 343069*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Didier Ribes. Paris, 19 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage= true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 343070*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Didier Ribes. Paris, 19 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

FRANÇA. Conseil d'État. *Arrêt n. 375161*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Mireille Le Corre. Paris, 11 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

FRANCE. Conseil d'État. *Arrêt n. 375162*. Parts: M. C et autres et Commune de Levallois-Perret. Rapporteur: M. Didier Ribes. Paris, 08 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>. Acesso em: 28 dez. 2016.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 175, anno 1976*, giudizio per confliti di attribuzione tra enti. Ricorrente: Ministro per l'agricoltura e le foreste. Ricorso: Comune di Sabaudia. Presidente e Redattore: Paolo Rossi. Roma, 12 de julho de 1976. Disponível em: <http://www.corte costituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 13 maio 2016.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 232, anno 2005, ricorso per conflitto di attribuzioni*. Ricorrente: Il Presidente del Consiglio dei ministri. Ricorso: Regione Veneto. Presidente: Alberto Capotosti, Redattore Francesco Amirante. Roma, 18 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 13 maio 2016.

5 **Conferências, sites da internet e outros documentos eletrônicos**

BENTO XVI. *Caritas in veritate*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Deus caritas est*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Spe salvi*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi _enc_20071130_spe-salvi.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CARLOTTA, Cannizzo. Dall'urbanistica al governo del território. *Diritto & diritti*. [on-line]. 2010. ISSN 1127-8579. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30542-dall-urbanistica-al-governo-del-territorio?page=1>. Acesso em: 13 maio 2016.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES. *Banco de teses e dissertações.* Disponível em: <http://bancodeteses.capes.gov.br/banco-teses>. Acesso em: 20 jan. 2017.

FRANCISCO. *Laudato si'*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/enc yc licals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em 20 abr. 2016.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Demarcação de terras*: bases legais. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-43>. Acesso em: 28 dez. 2016.

IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. CONCÍLIO VATICANO II. *Constituição pastoral gaudium et spes*: sobre a igreja no mundo atual. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_ gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 29 abr. 2016

_____. CONSELHO PONTIFÍCIO "JUSTIÇA E PAZ". *Compêndio da doutrina social da igreja*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#SECRETARIA DE ESTADO>. Acesso em: 29 abr. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Atlas do censo demográfico 2010.* Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas>. Acesso em: 15 maio 2016.

JOÃO XXIII. *Mater et magistra*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Pacem in terris*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em 20 abr. 2016.

JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Laborem exercens*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Sollicitudo rei socialis*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

LEÃO XIII. *Rerum novarum*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum -novarum.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

LIRA, Ricardo César Pereira. *Concepção do programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e desenvolvimento da linha de pesquisa do direito da cidade por seu patrono*. Palestra proferida, em 12 de maio de 2014, no Seminário "Pesquisa científica em direito da cidade", ocorrido nos dias 12 e 13 de maio de 2014. Rio de Janeiro-RJ: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

PAULO VI. *Populorum Progressio*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em 20 abr. 2016.

PIO XI. *Quadragesimo anno*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Orientações para a destinação do patrimônio da União.* Disponível em: <file:///C:/Users/hp/Downloads/CARTILHA%20-%20Memo%2090%20-%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20-%20Orienta%C3%A7%C3%B5es%20para%20a%20Destina%C3%A7%C3%A3o%20do%20Patrim%C3%B4nio%20da%20Uni%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. _____. *Plano nacional de caracterização do patrimônio da União.* Brasília: SPU, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/patrimonio-da-uniao/plano_nacional_caracterizacao.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.