

A função social da propriedade pública

The social function of public property

Daniela de Fátima Braga Porto

Advogada; Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pelo Centro
Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: danibraga_porto@hotmail.com

Morisa Martins Jajah

Mestra em Direito Privado pela Universidade de Franca; Professora orientadora
(UNIPAM).

E-mail: morisa@unipam.edu.br

Resumo: A propriedade pública é imprescritível, inalienável e impenhorável, extremamente protegida, pois é um bem pertencente a todos. Sendo um patrimônio que visa à harmonia de toda coletividade, tem a função social como um princípio inerente. No caso concreto, os direitos individuais podem entrar em “colisão” com o princípio da função social da propriedade pública. Para resolver essas lides, existe a corrente da filosofia moral denominada utilitarismo, que prega o uso do custo-benefício nas escolhas jurídicas e políticas. Entretanto, a justiça deve ser vista como bem supremo e a moralidade preservada em qualquer situação. Partindo de um caso concreto ocorrido na cidade de Presidente Olegário/MG, levantam-se indagações sobre um possível conflito principiológico entre a função social da propriedade pública e o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana. A concretização da conduta moral e o amparo a quem não tem preservados seus direitos fundamentais são deveres de toda sociedade.

Palavras-chave: Princípios. Utilitarismo. Propriedade pública.

Abstract: Public property is imprescriptible, inalienable and unenclosed, extremely protected since it is a property belonging to all. Being a heritage that aims at the harmony of the whole community, it has the social function as an inherent principle. In the specific case, individual rights may come into "collision" with the principle of the social function of public property. To solve these issues, there is a moral philosophy movement called utilitarianism, which advocates the use of cost-effective in the legal and political choices. However, justice must be seen as the supreme good and morality preserved in any situation. Starting from a concrete case occurred in Presidente Olegário /MG, questions are raised about a possible principled conflict between the social function of public property and the right to housing and the dignity of the human person. The achievement of moral conduct and support to those who have not preserved their fundamental rights are duties of every society.

Keywords: Principles. Utilitarianism. Public property.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações sobre a função social da propriedade no âmbito público e suas consequências sobre direitos individuais.

Como exemplo para a abordagem do tema foi utilizado um caso concreto ocorrido na cidade de Presidente Olegário/MG.

Primeiramente, um conceito filosófico foi exposto, visto que o Utilitarismo é uma corrente de âmbito moral a qual é intensamente utilizada em decisões jurídicas, políticas e também no âmbito empresarial. Importante foi sua abordagem para fundamentar a aplicação sócio-política do caso citado.

Na subseção “Função Social da Propriedade”, conceitos e aplicações foram feitos para melhor entendimento do quão importante é a diretriz da utilização máxima da propriedade, seja particular ou pública. Em sequência, foi abordada a incidência do princípio da função social da propriedade pública, o qual não possui conceituação na Constituição Federal, mas cujo estudo é relevante, pois diversas situações que envolvem diretamente esse princípio ocorrem diariamente e ficam sem uma solução pela falta de um entendimento concreto que realmente as resolvam.

Para exemplificar o “conflito” principiológico que pode ocorrer entre a função social da propriedade pública e a preservação dos direitos fundamentais, o estudo propõe a análise de um caso concreto ocorrido na cidade de Presidente Olegário/MG.

A pesquisa web-bibliográfica foi realizada na biblioteca do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM. Além disso, como se trata de um tema recente e bastante explorado por diversos pesquisadores, a análise de teses encontradas em sites de credibilidade foi de extrema valia para a concretização deste trabalho.

O estudo expôs que, mesmo as normatizações e entendimentos - que à primeira vista são dados como certos - devem passar por uma abordagem de análise em cada caso real. Os direitos fundamentais não podem ser deteriorados nem em nome da coletividade. Pelo contrário, as pessoas do meio social devem trabalhar juntas para que sempre busquem o bem maior, que é a justiça.

2 O UTILITARISMO

A abordagem utilitarista nas políticas sociais modernas é frequente e o conhecimento do que o utilitarismo propõe é relevante para entender as atitudes dos administradores estatais. Dessa forma, o utilitarismo é considerado a principal corrente da filosofia moral, inaugurada por Jeremy Bentham, mas realmente difundida por John Stuart Mill.¹

Bentham (1748-1832) desenvolveu o pensamento utilitarista pregando que o fim primordial que todos os entes sociais devem almejar é a felicidade coletiva. No caso concreto, entre duas opções a serem feitas, a escolha deve recair para aquela que mais respeitasse o bem da coletividade. As consequências dessa escolha, que são a dor e o prazer (este posto em interpretação de satisfação social), são resultados soberanos que devem ser enfrentados em nome da harmonia social. O utilitarismo visa maximizar os

¹ Mill não é o fundador do utilitarismo. Esse epíteto costuma ser atribuído a Jeremy Bentham (1748-1832), que propôs a doutrina na *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação* (1789). No entanto, em virtude da sua maior concisão e acessibilidade, foi o *Utilitarismo* que se tornou a obra emblemática da tradição utilitarista, sendo, hoje, um dos clássicos da filosofia moral muito lido e discutido (MILL, 2005, p. 2005).

atos políticos que são benéficos para a comunidade, e essa maximização deve ser feita de modo obrigatório tanto pelos indivíduos “comuns” quanto pelos legisladores e governantes.

Na visão desse pensador, a comunidade é a soma dos indivíduos que a formam e, ao estabelecer uma política pública, as comunidades, por meio de seus governantes e legisladores, devem calcular o quanto a coletividade é beneficiada e prejudicada. O cálculo englobaria a soma de todos os gastos, a subtração dos custos e os resultados seriam comparados, sendo escolhido aquele que maximizasse a felicidade sobre o sofrimento. Na realidade social contemporânea, a lógica utilitária é amplamente utilizada por empresas e governos, sendo comumente chamada de análise custo-benefício.

Desse modo, a teoria define que a vontade da maioria deve prevalecer. No entanto, Bentham, em sua obra, não se ateve a um conceito moral: qual é o valor da vida humana? Quando os atos públicos dos administradores envolvem escolhas relativas aos direitos do homem, principalmente seus direitos individuais que não podem ser abdicados, há uma irregularidade de valores “materiais” no cálculo. A vida humana pode ser valorada em cifras, como tantas vezes acontece nas atrocidades mundanas, mas essa valoração é uma ideia genérica que varia extremamente de pessoa para pessoa. E não só a vida como também os direitos individuais de cada um podem ser valorados, mas não em comum acordo.

Para aquele que tem apenas uma moradia, é essencial a permanência de seu domicílio naquele imóvel específico. A visão de valorização dos direitos individuais, principalmente da proteção à vida, é um ato muito particular que envolve conceitos morais, jurídicos e religiosos, os quais dependem também da geração em que são analisados.

Jeremy Bentham é admirado por sua linha filosófica, mas foi muito contraposto. Uma das percepções antiutilitaristas afirmava que, mesmo sendo vontade da minoria, há direitos individuais que não podem ser dispostos, mesmo que seja em nome da harmonia social. Outro contraponto dispõe que o *quantum* a ser arbitrado na valoração dos valores e preferências nunca poderá ser concebido de forma homogênea. E Bentham não se importava com a história dos valores, sua identidade moral e o individualismo psicológico; ele apenas pregava que as coisas são como elas são, têm seu valor certo, e as escolhas devem ser feitas porque senão a sociedade ficará estagnada, sem fazer nenhuma escolha.

John Stuart Mill (1806-1873) era filho de um dos discípulos de Bentham e foi um filósofo que procurou sanar e responder às indagações dos antiutilitaristas. É válido ressaltar que os dois autores baseiam suas teorias no hedonismo.² No entanto, Mill se preocupava em humanizar o utilitarismo. Em seu livro “A Liberdade”, ele defendeu os direitos individuais e os das minorias, sendo que no fim da vida escreveu sua principal obra, “Utilitarismo”, na qual copiosamente enfrentou as descrenças dos não

² Mill, tal como Bentham, propõe uma perspectiva hedonista do valor. De acordo com o hedonismo, o bem-estar consiste unicamente no prazer e na ausência de dor. A vida de um indivíduo é boa para si próprio apenas em virtude de exibir um forte predomínio das experiências aprazíveis sobre as experiências dolorosas (MILL, 2005, p. 15).

utilitaristas. A teoria que antes era vaga ganhou sentido concreto, afirmando que a utilidade é a única medida da moralidade. Mill reafirma a teoria de Bentham colocando que a única prova possível de apresentar algo que é desejável é o fato de que as pessoas realmente o desejam. Assim, adere à ideia de que os desejos factuais, empíricos, são a única base para o juízo moral. Mas Mill consegue conceber a diferença entre os prazeres elevados e os baixos. Em sua linha de pensamento, se o indivíduo, provando os dois tipos de prazeres, escolhe um prazer sempre, naturalmente, por diversas vezes, esse prazer é o mais elevado. É a preferência que concebe a diferença entre os prazeres. E, se há um para o qual todos ou quase todos que experimentaram ambos dão decididamente preferência sem levar em conta qualquer obrigação moral para preferi-lo, então esse é o prazer mais desejável.

Mill (2005) afirma que, para a apreciação dos prazeres mais elevados, deve haver por parte do indivíduo cultivado, apreciação e instrução. E depois do contato com essas três premissas, as pessoas preferirão sim os prazeres mais elevados. Dessa forma, o filósofo coloca um exemplo: “é melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito. Melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E, se o tolo ou o porco tiverem uma opinião diferente é porque eles só conhecem o seu lado da questão” (MILL, 2005, p. 51).

Mill (2005, p. 100) contrapõe a objeção de Bentham sobre os direitos individuais, mas deixa claro, em sua obra *Utilitarismo*, que são compatíveis a realização pessoal e a harmonia da sociedade.

Embora conteste as pretensões de qualquer teoria que apresente um padrão de justiça imaginário que não se baseia na utilidade, reconheço que a justiça baseada na utilidade é a parte principal, a parte incomparavelmente mais sagrada e obrigante, de toda a moralidade. A justiça é um nome para certas classes de regras morais que dizem respeito directamente aos aspectos essenciais do bem-estar humano, e que, portanto, têm uma obrigatoriedade mais absoluta do que quaisquer outras regras para conduzir a vida. Além disso, a noção que, como descobrimos, constitui a essência da ideia de justiça (a de um indivíduo possuir um direito) implica e comprova esta obrigatoriedade mais forte.

A justiça é mais elevada e os direitos individuais têm privilégios, mas não por motivos que divergem dos postulados utilitários. A justiça é a parte mais importante da moralidade, sendo suprema, e não é negociável por bens inferiores. Mas o motivo utilitário, considerados os interesses de longo prazo da humanidade, de todos, como seres progressistas, é que, com a concretização da justiça e o respeito aos direitos, a sociedade como um todo ficará melhor em longo prazo. Esse posicionamento de Mill fica entre duas escolhas: ele defende mesmo o utilitarismo ou está defendendo os bens individuais que são colocados como bens superiores?³

³ De acordo com essa objeção, a ética utilitarista está em conflito com a justiça, já que aparentemente a realização de certas injustiças pode maximizar a felicidade geral. Por exemplo, condenar uma pessoa inocente à morte ou dar certo bem a quem menos o merece é injusto, mas em alguns actos como esses poderão dar origem ao maior bem. (Ibidem, p. 29)

A essência de seu pensamento é muito importante. Antes de qualquer posicionamento, deve ser feita a justiça, e essa nada mais é do que agir com moralidade. Como exposto, os conceitos morais variam com a época em que são aplicados. A sociedade de antes não é a mesma que a de agora. Assim, para saber a aplicação da justiça no caso concreto, é imprescindível a análise dos preceitos morais contemporâneos.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1988 coloca a função social no rol dos direitos fundamentais, em seu artigo 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: XXIII - A propriedade atenderá a sua função social.

Também na Carta Magna, Título VII – Da ordem econômica e financeira, o legislador colocou o princípio da função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica:

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: [...] III- função social da propriedade.

E, ainda no artigo 182, §2º da Constituição Federal:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

No Código Civil de 2002, consta o artigo 2.035, parágrafo único: “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Fica evidente que os legisladores se preocuparam em colocar a função social da propriedade de forma explícita, tanto constitucionalmente como também no Código Civil, que é uma lei infraconstitucional. Essa importância dada ao princípio se deve ao fato de que a obtenção de uma propriedade de forma individual é essencial para o ser humano, pois ali constrói sua vida, estabelece seu lar, podendo até mesmo garantir seu sustento. “Com efeito, a propriedade representa instrumento para a consecução do

bem estar individual, à medida que rege as relações entre o indivíduo e a coisa, traçando os contornos da atuação do proprietário e combatendo eventuais abalos ao seu pleno exercício” (EVANGELISTA, 2013, p. 1). Mas, se a propriedade não for fiel aos objetivos com os quais foi estabelecida, ela perderá sua essência coletiva, ou seja, perderá sua função social.

Os mestres Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 61), afirmam que

[...] a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato apenas como um instrumento de manifestação privada de vontade, para tomá-lo como elemento socialmente agregador.

Thales José Pitombeira Eduardo (2010, p. 2035) também expõe que

a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder. Nesta esteira, a propriedade passou a expressar um direito-dever, deixando de ser individual para se transformar numa função, prevalecendo o interesse coletivo sobre o individual.

A função social da propriedade advém de parâmetros econômicos, que estruturam a iniciativa privada, os quais são o respeito ao direito do consumidor, à função social da propriedade e ao cuidado com o meio ambiente. Didier Junior (2008) expressa que esse princípio atribui à propriedade conteúdo específico, dando-lhe um novo conceito. Unem-se, assim, dois extremos jurídicos: “o clássico direito de propriedade e a sua nova feição, caracterizada pelo desenvolvimento teórico de sua função social” (p. 10). O mesmo autor ainda cita Fabio Konder Comparato:

[...] é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito a aquisição dos bens indispensáveis a sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. [...] Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria, pois inofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana. (*apud* DIDIER JUNIOR, 2008, p. 12)

A propriedade antes vista apenas como direito individual deu valor à visão coletiva de uso. Nos direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os direitos

sociais, a propriedade era caracterizada como bem individual do qual seu proprietário poderia usufruir livremente. Com o surgimento da terceira geração de direitos fundamentais, a dimensão da fraternidade, a propriedade deixou de servir unicamente ao seu dono e englobou uma dimensão de instrumento social.

Com o advento da noção de função social da propriedade, o pensamento que girava em torno do instituto paulatinamente se modificou. Por influência, já no século XX, do jurista Léon Duguit, a noção de função social, antes concebida por Augusto Comte, foi incorporada ao conceito de direito de propriedade. A partir de então, a noção do instituto passou a abranger a sua flexibilização, nos casos em que o bem não fosse utilizado de forma a atender, concomitantemente aos interesses do proprietário, os interesses coletivos. Passou-se a inadmitir, desta maneira, a ociosidade e o subaproveitamento da propriedade. A propriedade que não cumpre sua função social perde seu caráter de intangível. [...] o ordenamento jurídico não aceita como legítima a propriedade que não cumpre sua função social e, assim, o Estado se vê munido dos fundamentos para a imposição do uso adequado, ou de outra destinação que implique na perda da propriedade (EVANGELISTA, 2013, p. 1).

Leon Duguit (1859-1928) sustentava que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e intangível e que o proprietário, pelo fato de possuir uma riqueza (propriedade), deve cumprir uma função social. Seus direitos de proprietário só estarão protegidos se ele cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa, caso contrário, será legítima a intervenção do estado no sentido de obrigar o cumprimento de sua função social. Ao fazer essa afirmação, Duguit coloca a propriedade como um instituto jurídico comum, que deve se desenvolver assim como a sociedade. Os imóveis devem acompanhar a evolução social, seus anseios e utilizações. Um dos grandes defeitos da concepção individualista e civilista da propriedade residiria na ausência de preocupação com o exame da legitimidade das apropriações existentes de fato e com a determinação de seu fundamento (DUGUIT *apud* JELINEK, 2006, p. 11).

Conforme exposto, é relevante colocar o seguinte:

esclareça-se que a função social da propriedade não pode ser considerada um princípio jurídico na acepção moderna do termo, vez que a sua aplicação depende da edição de normas que estabeleçam de forma bem definida os requisitos a serem obrigatoriamente observados antes que possa o estado intervir na propriedade individual com base em suposto descumprimento da função social a ela inerente (EVANGELISTA, 2013, p. 2).

Há o contraponto de que a função social não é um princípio, pois depende de normas que estabeleçam o que pode ser feito. Entretanto, o presente artigo diverge de tal ponto, visto que os princípios podem ou não ser utilizados como base para acepções jurídicas. Não necessariamente o princípio da função social deve ter uma lei que o respalde. Ele por si é colocado como meio de efetivação da justiça e das condutas morais, estando no mesmo patamar que as leis infraconstitucionais e, como já exposto, está previsto constitucionalmente. No caso concreto, sua utilização é imprescindível

para que as políticas urbanas sejam concretizadas, burlando, muitas vezes, a morosidades da letra da lei e promovendo a harmonia social. A função social não é mera recomendação do legislador, mas sim uma vinculação jurídica.

Nas palavras de Thales José Pitombeira Eduardo (2010, p. 2034), “[...] a função social da propriedade é princípio do direito que operacionaliza o urbanismo e se faz ser cumprido através das diretrizes do plano diretor”.

Dado o exposto, é nítido que a Constituição Federal abrange o princípio da função social e, a partir deste, ocorreu uma nova configuração do que se entende por propriedade, pela forma de seu uso para que atenda não só aos interesses individuais, como também aos interesses coletivos.

3.1 OS BENS PÚBLICOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Os bens, na visão econômica, são caracterizados como recursos materiais ou imateriais que o homem médio necessita para sua sobrevivência. Alimentação, moradia, dinheiro, nome, imagem, dentre outros exemplos, são importantes bens e encontram proteção na ordem jurídica. Tanto na seara individual como na pública, os bens podem figurar, sempre buscando suprir os desejos daqueles que deles usufruem, na forma de maximizar suas potencialidades. No âmbito público, os bens são colocados de forma a contribuir para a harmonia social.

Assim, os bens, enquanto objetos de direito suscitam interesse na medida em que são considerados com relação ao sujeito de direito. Esse mesmo raciocínio vale também para o Estado, que enquanto pessoa jurídica precisa de bens para atender seus objetivos e desenvolver sua função e nesse sentido, fala-se em bens públicos. Geralmente a doutrina administrativista busca dois caminhos para definir bens públicos. Um primeiro critério que toma como parâmetro a titularidade dos bens, de forma que serão considerados bens públicos todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. O outro critério é a finalidade a que se destinam os bens e nesse sentido são considerados bens públicos os bens destinados ao desenvolvimento de qualquer atividade estatal ou ao uso direto da população em geral (REIS, [s.d.], p. 2).

No direito brasileiro é possível afirmar que a Constituição adota, expressamente, o princípio da função social da propriedade privada e também agasalha, embora com menos clareza, o princípio da função social da propriedade pública, que vem inserido de forma implícita em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana (DI PIETRO, 2006, p. 2).

Os bens públicos são utilizados para o Estado bem administrar. As pessoas jurídicas de direito público, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações, possuem bens móveis e imóveis cuja destinação é a utilização direta ou indireta pela coletividade. “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” (Código Civil/2002).

O princípio da função social da propriedade pública não está expresso na Constituição Federal. Assim sendo, esse princípio constitui apenas diretrizes para a boa governança. Há uma síntese, no artigo 182, CF, a qual se dispõe que é objetivo da política de desenvolvimento urbano o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

Dessa forma, o Estado e seus entes são sujeitos criados para cumprir finalidades sociais, sendo detentores de determinadas relações jurídicas de propriedade. O Estado é detentor de bens, mas esses bens possuem um regime diferenciado quando comparados à propriedade particular.

Alerte-se que, no âmbito público, não houve este esforço para construir um direito de propriedade pública unitário, absoluto, exclusivo, ilimitado e irrevogável, lembrando que os fundamentos do direito de propriedade privada e da propriedade pública são distintos. O fundamento do direito de propriedade privada consiste em garantir aos particulares poderes sobre bens que assegurem sua vida, existência, conforto, mobilidade, garantindo a circulação de riquezas e o comércio jurídico. O fundamento do direito de propriedade pública é assegurar, aos Estados, bens que constituam os meios ou instrumentos de atuação estatal para cumprimento do interesse da coletividade, de modo que o regime especial a que se submetem os bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade) constitui mero instrumento normativo para atender aos interesses da coletividade (ABE, 2007, p. 3).

Os bens públicos possuem distinções específicas em relação aos bens particulares. A propriedade particular é exclusiva, podendo o seu proprietário gozar e dispor dela, evitando também que terceiros exerçam qualquer tipo de dominação sobre a coisa. Os limites dessa exclusividade são a vontade do próprio proprietário e a lei. Nos bens públicos, a exclusividade não é uma característica, pelo contrário, eles são utilizados de forma comum pelo povo ou na forma de uso especial, quando visa atender a determinados serviços públicos. Outra diferença entre a propriedade pública e a privada é que esta pode ser alienada a título gratuito ou oneroso, enquanto aquela somente pode ser disposta por interesse público, atendendo a uma coletividade e respeitando os requisitos da Lei 8.666/93.

O Código Civil assim define os bens públicos:

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.

O critério adotado pelo Código Civil é o da destinação ou afetação dos bens. Os bens elencados no primeiro inciso são destinados, por sua natureza ou por lei, ao uso coletivo; os bens do segundo inciso são de uso da Administração para a consecução de seus objetivos, ou seja, para a efetivação dos serviços públicos; por fim, os bens dispostos no terceiro inciso não têm destinação pública definida, como as terras devolutas, terrenos da marinha ou imóveis não utilizados pela Administração.

Há inúmeras formas de utilização do patrimônio público, seja por meio do uso comum do povo ou pelo particular, para diversos objetivos. Deve-se atender ao binômio: utilidade para a população e ausência de prejuízo ao direito de uso por todos. Uma melhor forma de abordagem ao assunto é compreender que a utilização dos bens públicos pode ser permitida, desde que limites sejam respeitados dentro da individualidade de cada cidadão e que as consequências do uso do bem não prejudiquem a função social que ele possui.

A utilização das vias públicas para realização de feiras livres, o uso de águas públicas para navegação ou fins agrícolas e industriais, os cemitérios que por seu uso especial possuem valas comuns e também sepulturas de uso privativo concedidas pelo Poder Público são exemplos de usos do patrimônio público pela coletividade e pelos particulares.

Os bens públicos, pela sua própria essência, são caracterizados pela função social. Eles pertencem ao Estado justamente para essa função. A aplicação desse princípio em situações que envolvam propriedade pública é um efetivo instrumento para garantir a melhor forma de utilização do bem público, de acordo com o interesse social. A função social se firma como uma base otimizadora para nortear o administrador público em seus atos.

O que acontece com grande parte das doutrinas do direito administrativo é assumir a eficácia da função social da propriedade também sobre os bens públicos, mas subsumindo-a no emaranhado de normas infraconstitucionais do direito administrativo retirando na prática qualquer efetividade que o comando constitucional possa ter sobre a propriedade pública. Na prática, negam a função social da propriedade como um elemento interno da própria relação proprietária, submetendo a propriedade ao modelo tradicional, com as limitações legais de ordem administrativas impostas externamente, de que temos notícia desde tempos remotos (MARCHI *apud* REIS, [s.d.], p. 15).

Não há previsão expressa sobre a função social da propriedade pública nem mesmo a certeza sobre sua aplicabilidade. O patrimônio público, como já exposto, por sua essência está a serviço do interesse coletivo na harmonização social. A função social da propriedade pública é o ato do poder público de regular a utilização do seu patrimônio, fiscalizando-o para garantir a finalidade pública e uma cidade sustentável.

Verifica-se, neste diapasão, que os imóveis públicos devem, por meio da atuação da Administração Pública, ser usados da melhor forma possível para que cumpram a função social da propriedade, não significando que os bens públicos percam as suas características essenciais e prerrogativas legais

quando verificado que não estão cumprindo referido princípio constitucional. Neste aspecto, o Estado age com híbrida função, tanto como responsável pelo cumprimento da norma abstrata como titular do direito, fiscalizado pelos cidadãos e órgãos institucionais encarregados de defender os interesses difusos e coletivos (EDUARDO, 2010, p. 2039).

Os bens públicos estão sujeitos ao tríplice regime jurídico da imprescritibilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade. Salvo quando sofrerem o processo de desafetação, em que não mais serão propriedade pública. E, mesmo que utilizados por particulares, os bens públicos não alteram o respeito à função social, pois esta lhes é inerente.

3.2 A NÃO POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NA PROPRIEDADE PÚBLICA

A Constituição Federal, sem dúvida, abarca o princípio da função social, porém ele é definido apenas pela legislação infraconstitucional. A função social, para Comparato (*apud* ABE, 2007, p. 7), é um dever fundamental de acesso à propriedade, reconhecido pelo sistema constitucional, não sendo mera recomendação do legislador, mas sim vinculação efetiva para os particulares.

Abe (2007) defende que a função social deve ser aplicada somente aos particulares, e não ao Estado. As sanções jurídicas para quem descumpra as finalidades da função social da propriedade urbana ou rural, como a desapropriação ou o IPTU progressivo, não podem ser aplicadas às pessoas jurídicas de direito público. Se a União possuir imóveis em um determinado Município e estes não forem utilizados corretamente, o Município não poderá desapropriar a União, visto que estaria invadindo sua autonomia. Há um pacto federativo que impede tal conduta e também deve haver previsão orçamentária e liberação de verba para pagar as sanções jurídicas. No caso do IPTU progressivo, tal imposto não poderia ser cobrado, pois há imunidade constitucional dos entes públicos.

Os deveres que caracterizam a função social e que são constitucionalmente previstos pressupõem que o proprietário é o titular de direito e o único beneficiário do imóvel. O que difere em relação à propriedade, porque os beneficiários que a utilizam são incontáveis. Os entes públicos se veem obrigados a cumprir a Carta Magna e a legislação infraconstitucional, as quais preveem inúmeros usos à luz do interesse público, e é evidente que os gestores precisam fazer uma boa administração. A função social como um dever jurídico do ente público não está de acordo com a imposição de uma responsabilização dos titulares do direito sobre o imóvel, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Dessa forma, o imóvel público possui um titular que é o ente público distinto do administrador, sendo a pessoa do agente público e do beneficiário, que se caracteriza por ser a coletividade.

Afastada a “função social” do regime de bens públicos, não significa que o Poder Público não tenha deveres jurídicos em relação ao seu patrimônio

público, no que pertine ao atendimento dos interesses coletivos normativamente postos. Se o particular deve exercer o direito de propriedade atendendo à função social sob pena de vir a ser desapropriado ou mesmo sofrer a perda das garantias possessórias ou da própria propriedade, é inconteste que existe o dever do Poder Público, ao exercer o direito de propriedade pública, de atender aos interesses da coletividade. Do mesmo modo que o direito de propriedade privada deve ser exercido pelo particular em conformidade com os interesses da coletividade, *mutatis mutandi*, o Poder Público deve gerir os bens públicos a fim de atender os interesses públicos. Todavia, este dever decorre do próprio regime de Direito Público, inerente ao exercício da função administrativa, e não das normas que resguardam a função social (ABE, 2007, p. 13-14).

Conforme relata ABE (2007), destoantes estão Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) e Silvio Luiz Ferreira da Rocha (2005). Eles defendem que o fato de o Poder Público ter o dever de afetar seus bens a fins de interesse da coletividade não exclui a incidência do princípio da função social da propriedade.

Com relação aos bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, afetados, respectivamente, ao uso coletivo e ao uso da própria Administração, a função social exige que ao uso principal a que se destina o bem sejam acrescentados outros usos, sejam públicos ou privados, desde que não prejudiquem a finalidade a que o bem está afetado. [...] O fim obrigatório que informa o domínio público não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, de modo que o princípio da função social da propriedade incide sobre o domínio público, embora haja a necessidade de harmonizar o referido princípio com outros (DI PIETRO *apud* ABE, 2007, p. 14).

O presente estudo compactua-se com a última posição. O princípio da função social não só está naturalmente alicerçado ao bem público, como também as previsões legais englobam os entes públicos para que também obedeçam aos ditames jurídicos. Como o Estado deve dar o exemplo à coletividade, ele deve sim por bem utilizar seu patrimônio da melhor forma possível. Está correto afirmar que as sanções para o caso de descumprimento dos entes públicos enfrentam muitos óbices para serem aplicadas, mas isso é falta de intento jurídico para criar as devidas regras e colocar definitivamente o princípio da função social da propriedade pública como algo explícito e legislável.

4 A FUNÇÃO SOCIAL NO CASO CONCRETO

Um caso ocorrido na cidade de Presidente Olegário/MG bem ilustra como a função social pode entrar em “choque” com os direitos fundamentais. No caso, uma ação de Reintegração de Posse foi intentada pelo Município para que uma casa situada em um terreno da prefeitura fosse desocupada pelo morador.

O requerido, por diversas vezes, foi notificado pelo órgão público para a desocupação, que nunca foi efetivada. Dessa forma, a ação de Reintegração de Posse

teve que ser intentada. O pólo passivo alega que seus pais possuíam autorização para construir a casa, sendo que seu pai era coveiro da cidade e o terreno se situa em frente ao Cemitério Municipal. Assim, seu pai morava perto de onde trabalhava para melhor atender à comunidade e também porque não tinha condições de morar em outro lugar.

Por diversos anos, o terreno não foi utilizado pelo Município, sendo um terreno baldio onde havia apenas uma humilde casa, que é a propriedade em questão. A casa foi construída com recursos particulares da família do coveiro, há diversos anos, sendo que a autorização para a construção da moradia no terreno descrito foi feita apenas de modo verbal. É relevante colocar que, antigamente, a palavra valia muito mais que a letra, ou seja, a forma escrita. A família do coveiro foi toda criada nessa casa, ali construíram efetivamente um lar durante inúmeros anos. Os pais faleceram, alguns filhos moram em outras casas e apenas um descendente vive na propriedade em questão. Este é uma pessoa humilde, que não possui nenhum outro local para viver, sendo essencial para a sua sobrevivência morar naquele terreno público.

No ano de 2011, a prefeitura de Presidente Olegário assinou um convênio com o Estado de Minas Gerais, no qual a construção de uma praça e de um estacionamento público seria feita para bem atender aos frequentadores do Cemitério Municipal. Enfim, o morador da casa já descrita deveria sair para dar lugar a uma praça.

Ao intentar a ação, o município afirmou que estava sendo invadido clandestinamente, pois o instituto do empréstimo gratuito alegado não foi devidamente formalizado com um contrato solene. Também foi colocado que tal situação se tratava de comodato, sendo assim, o requerido deve deixar o bem quando o Município o exigir, cabendo sanção por mora, a qual seria indenização ao ente público e pagamento de aluguéis pelo uso do terreno até a restituição do bem. Está correto que o poder público necessita de sua propriedade, mas a moradia do requerido é essencial também para que ele continue a viver com dignidade.

Como os recursos do governo dependem de projetos e é difícil consegui-los, quando a verba foi disponibilizada para o município, a ação em tese foi intentada com pedido de liminar. Segue a posição do magistrado que negou a liminar:

Nesse aspecto, tenho que o Município, ao permitir que uma família, independente de título justo, não só construa uma casa no terreno público, mas principalmente estabeleça um *lar* no local, está muito mais que simplesmente *tolerando* a ocupação do imóvel, daí porque, nessa cognição sumária, a notificação extrajudicial ou administrativa, a meu juízo, parece não se prestar ao estabelecimento de um ponto arquimediano a partir de quando o esbulho possessório restaria caracterizado a ensejar a posse nova, de tal forma que a presente ação, sem perder o caráter possessório, deverá prosseguir pelo rito ordinário (Autos 0534.15.001629-1, p. 65).

Na negação do pedido de liminar pelo Juiz, fica claro que o órgão público deveria ter resolvido a situação exemplificada há mais tempo, ou melhor, desde que pediu ao Estado a verba para a construção da praça e do estacionamento. A pressa do município não pode sobrepor ao direito de ter um lar que o requerido possui.

Mesmo com a negação da liminar que determinava a desocupação do imóvel, a prefeitura começou a construção da praça e do estacionamento. É interessante colocar

que o direito individual de privacidade parece ter sido violado, visto que, devido à construção da praça e à negação do pedido feito liminarmente, os obreiros deixaram intacto apenas o corpo da casa. É sabido que uma construção traz intempéries, como sujeira, barulho, entre outras. Foi visto por toda a população que até mesmo as roupas do morador eram secas em arames praticamente expostos na rua, pois o que tinha como “quintal” e era utilizado para esse dentre outros fins lhe foi retirado.

Por fim, a praça foi praticamente concluída, restando apenas a casa, como mostra as fotos.

Figura 1 - Foto que demonstra a frente da casa, ficando evidente que a construção “premeditada” da praça não resguardou os devidos direitos do morador.



Fonte: arquivo pessoal.

Figura 2 - Panorama do fundo da moradia no qual se percebe que o requerido até mesmo fez melhorias recentes na casa.



Fonte: arquivo pessoal.

Como se pode ver pelas imagens, o direito individual à privacidade e à dignidade humana não foi respeitado. Para construir a praça e o estacionamento, os

obreiros não foram aconselhados pelo Poder Público a deixar um espaço para que, até a decisão final, o morador pudesse viver de forma digna, caso fosse mesmo imprescindível que as obras começassem.

A conclusão do caso foi um acordo entre o requerente e o requerido, em que houve a desocupação do imóvel mediante uma permuta, que concedeu a este um lote para construir uma nova moradia. As imagens expostas foram feitas no dia 3 de setembro de 2015. A demolição da casa ocorreu no dia 23 de setembro de 2015.

Figura 3 - A demolição da casa efetivada por funcionário da Prefeitura Municipal de Presidente Olegário.



Fonte: PO News, 2015.

Figura 4 - O terreno depois que a casa foi demolida.



Fonte: arquivo pessoal.

Figura 5 - Placa de identificação da rua colocada pela administração.

Fonte: arquivo pessoal

É interessante ressaltar o que a quinta figura propõe. Nela pode-se observar que a própria Administração utilizou para identificar uma rua o corpo da casa que a mesma alega não poder existir naquele terreno que é público. Ora, se a prefeitura coloca uma placa de identificação de uma rua em uma casa, ela implicitamente reconhece que essa moradia existe e ficará em tese por muito tempo ali. Caso contrário, se a Administração achasse que tal casa estava irregular e deveria ser “demolida”, ela não colocaria tal tipo de identificação. É possível afirmar que o próprio sistema de governo municipal se contradiz em tal questão.

Por fim, chegou-se a uma solução dentro do caso concreto. A Administração acordou com o proprietário da casa que ele receberia um lote para deixar sua atual moradia. O presente trabalho não abordará a tese sobre a possível indenização pela violação do direito à privacidade, se tal acordo ajustado foi realmente justo, ou até mesmo que o proprietário da casa teria direito de reaver o que gastou para construir a casa. O que é válido analisar é essa situação sobre os aspectos principiológicos e filosóficos, pois há um choque entre a utilidade da propriedade para cumprir sua função social e o direito individual do requerido de possuir um lar.

4.1 A UTILIZAÇÃO DO UTILITARISMO

No caso descrito da casa no terreno de propriedade do Município de Presidente Olegário, uma das possíveis soluções é a utilização da corrente da filosofia moral denominada utilitarismo. A partir dela, como já exposto, há a análise do que seria bom/ruim para a maioria das pessoas dentro de determinado grupo, e por meio do sopesamento do que seria bom/ruim, chega-se às conclusões das escolhas que devem ser tomadas.

Dessa forma, a construção do estacionamento e da praça atenderia bem a população, visto que, além do cemitério, existe ao lado um local para velório, também pertencente ao Município, no qual, eventualmente, ficam diversas pessoas que ali sentem seu pesar pela perda de seus entes queridos. A demanda pode não ser exorbitante, mas é fato que o estacionamento seria de bom grado para seus utilizadores. Na verdade, ainda quando o terreno em estudo era baldio, as pessoas já o utilizavam para estacionar seus automóveis de forma bem precária.

A praça também é um bem para as pessoas do bairro. Foi muito bem feita, arborizada e iluminada. Assim, como de costume nessa cidade, os moradores da redondeza a utilizarão para ter momentos aprazíveis com suas famílias. Outro fato relevante é que, além da melhora da estética urbana, a revitalização do terreno para uma praça foi importante, pois bichos peçonhentos e outros animais perigosos foram exterminados do local.

Em contrapartida, a casa que seria derrubada é essencialmente o único bem que seu possuidor possui. Mesmo em sua individualidade, é preciso sopesar, sendo também dever de toda coletividade amparar tal situação. Não olhar para esse intento é ferir valores morais, mesmo que em uma primeira impressão essa não seja a lógica a ser utilizada. O terreno é sim patrimônio público, a casa está em um local determinado como indevido, a coletividade aproveitará bastante a construção da praça e do estacionamento, mas aquele indivíduo não pode ser sacrificado em tal situação, visto que isso implicaria em sacrificar sua sobrevivência.

A justiça assim não será feita somente olhando o lado da coletividade. O peso do bom/ruim nesse caso é difícil de ser medido, visto que a situação envolve muita subjetividade. Como exposto, Mill (2005) coloca que, nessas situações, o que se deve fazer é a justiça, sempre. A justiça não é um bem negociável. Mesmo que a praça seja um bem que beneficiará inúmeras pessoas, o prejuízo para apenas um indivíduo é ainda maior.

Como já exposto, a solução que requerente e requerido encontraram foi a de celebrar um acordo, no qual o requerido recebe um lote na forma de permuta, que também era de propriedade do Município de Presidente Olegário. Em um primeiro olhar, essa solução foi a melhor escolha.

Se as partes continuassem com a lide, a morosidade do judiciário e as apelações em diversas instâncias levariam ao desgaste e a solução poderia não ser tão justa. Não que a que foi concretizada seja, pois ela é um pouco ilógica. Afinal, ficou explícito nos autos que o requerido não tem condições financeiras para viver bem, quanto mais para construir outro imóvel, mas se ele aceitou o acordo, assim está feito.

Sabe-se que esperar pelas decisões do Judiciário é algo que parece infundável, mas seria interessante colocar esse caso para o parecer dos Tribunais Superiores. A colisão principiológica da função social da propriedade pública e os direitos fundamentais de moradia e dignidade da pessoa humana ocorrem não apenas no Município em questão, mas é um conflito corriqueiro em diversas partes do Brasil.

No caso, os pais do morador receberam a permissão verbal de ali construir seu lar. Mas e se fosse a realidade de uma família que não tinha onde morar e se estabeleceu em um terreno não devidamente utilizado pelos órgãos públicos e ali estabeleceu sua moradia? O que seria decidido? O lar e a dignidade das pessoas

essencialmente garantidos na Carta Magna ou a proteção aos terrenos públicos que são de propriedade da coletividade, quem estaria com a razão?

O presente trabalho não busca exaurir tais questões, visto que diversas posições jurídicas, filosóficas, morais e políticas devem ser expostas, o que não é o objetivo. Foi exposta a corrente filosófica do utilitarismo para que fique claro que a justiça deve sempre prevalecer, mesmo que as regras descritas não levem a tal raciocínio.

5 CONCLUSÃO

A função social da propriedade pública é tema corriqueiro na seara jurídica. O contraponto da preservação da propriedade pública com a garantia dos direitos individuais fundamentais ocorre em diversas situações, como no exemplo exposto no trabalho.

A corrente filosófica moral denominada utilitarismo busca uma solução para esses conflitos principiológicos. O uso do binômio custo-benefício resolve diversas lides e busca respaldar as governanças em suas decisões. Mas tal linha filosófica compreende que diversos fatores são carregados de subjetividade, como o valor do bem da vida. Cada geração, cada cultura ou cada pessoa tem sua visão de mundo e dá uma valoração única para determinados tipos de bens.

Dessa forma, mesmo que se coloquem normatizações ou se façam cálculos, o que deve prevalecer é a justiça, ou melhor, a moralidade. Esta deve ser perseguida e visada como bem superior, o qual não pode ser contraposto. Justiça é justiça, sempre.

O caso concreto ocorrido na cidade de Presidente Olegário/MG traz várias indagações à tona. Demonstra que o patrimônio é público e, assim, deve servir à coletividade, mas no caso concreto não pode abandonar os direitos fundamentais do indivíduo. O patrimônio público é direito da coletividade, porém garantir ao indivíduo o direito essencial de viver com dignidade é dever de todos.

O presente estudo buscou elucidar as questões que envolvem o princípio da função social da propriedade pública. Não se esgotaram as indagações relativas ao tema e a jurisprudência nacional ainda não apontou seu posicionamento sobre essa relevante questão. O direito coletivo e o individual devem viver em harmonia social, e compreender as consequências reveladas pelo princípio da função social da propriedade pública é ajudar a sociedade a viver sem atritos, dando homogeneidade ao mundo jurídico.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, fev. 2007. n. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-NILMA%20DE%20CASTRO.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

AMORIM, Hamilton. Depois de muita polêmica casa é derrubada para que seja finalizada a obra de construção da Praça Antônio Pinto Coelho. *PO News*, set. 2015. Disponível em: <<http://ponews.com.br/depois-de-muita-polemica-casa-e-derrubada>>

para-que-seja-finalizada-a-obra-de-construcao-da-praca-antonio-pinto-coelho/>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. Código (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Geral, Ação de Reintegração de Posse com pedido de liminar - Autos 0534.15.001629-1, Município de Presidente Olegário x J.B.S., Presidente Olegário/MG, jul. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. *Revista de Processo*, 2008. RePro161. p.10-20.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, 2006. n. 6. Disponível em: <http://nute.ufsc.br/moodle/biblioteca_virtual/admin/files/funcao_social_da_propriedade_publica_aula_10_-_parte_i.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

EDUARDO, Thales José Pitombeira. O domínio público como integrante da política urbana: uma análise do princípio da função social da propriedade. *COMPENDEI*. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3176.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. Função social da propriedade e conceito de princípio jurídico. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3594, 4 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24354>>. Acesso em: 10 set. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4. t.1. 359 p.

JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

MILL, J. S. *Utilitarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto Editora, 2005. (Coleção Filosofia Textos).

REIS, João Emilio de Assis. *A função social da propriedade e sua aplicabilidade sobre bens públicos*. [s.d.] Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4d5b995358e7798b>>. Acesso em: 15 set. 2015.