XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-035-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra Direito Civil Constitucional, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro Temas de Direito Civil, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um modus interpretandi que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

FUNCIONALIZAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

FUNCTIONALIZATION OF LEGAL GOODS AND THE SOCIAL FUNCTION OF PUBLIC PROPERTY

Fernanda Paes Leme P. Rito
Cíntia Muniz de Souza Konder

Resumo

Todos os dias a sociedade passa por inúmeras transformações: novas tecnologias são criadas, práticas diferentes e reiteradas passam a ser consideradas costumeiras e levam a novos objetos de relações jurídicas que, por conseguinte, passam a ser merecedores de tutela. Muito embora a teoria geral do direito civil tenha se desenvolvido consideravelmente no que diz respeito à funcionalização e à função social, os bens públicos, notadamente a propriedade, continuam a ser um desafio ao intérprete do ordenamento jurídico. Assim, o presente trabalho tem por finalidade tecer considerações e, principalmente, provocar uma reflexão acerca da função social do bem público, bem como identificar, dentro da legalidade constitucional, consequências jurídicas possíveis para a hipótese do não cumprimento da função social de tais bens.

Palavras-chave: Bens jurídicos, Propriedade pública, Função social.

Abstract/Resumen/Résumé

Every day society goes through many changes: new technologies are created, different and repeated practices will then be considered customary and lead to new objects of legal relationships which therefore become worthy of protection. Although the general theory of civil law has developed considerably with respect to the functionalization and social functions, public property, public goods, notably property, remain a challenge to the interpreter of the law. Thus, this study aims to make considerations and, especially, to bring a reflection on the public good social function, and identify, within the constitutional legality possible legal consequences in the event of non-compliance of the social function of such goods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal goods, Public property, Social function.

I. Notas introdutórias: transformações no conceito de bem jurídico e o desafio da concretização da função social

O conceito de bem jurídico é central na construção da teoria geral do direito civil, mas sua definição, no entanto, sempre foi cercada de controvérsias. Em explicação clara e singela, Caio Mario da Silva Pereira (2014, p. 337) afirma que "bem" é "tudo aquilo que nos agrada", citando como exemplo o dinheiro, a herança, o pôr-do-sol, a qualidade de filho e a integridade física e moral, mas os bens somente são qualificados como "jurídicos", quando encontram proteção no ordenamento jurídico.

Os requisitos sustentados pela doutrina para atribuir juridicidade aos bens variam conforme o contexto histórico nos quais foram produzidos. Assim, na doutrina clássica é comum conceituar os bens jurídicos tendo em vista a suscetibilidade de apropriação, a possibilidade da apreciação econômica, a utilidade, a economicidade, ou ainda a permutabilidade[1]. Verifica-se que essa doutrina tem em mente, principalmente, a idoneidade do bem para ser objeto de direito subjetivo patrimonial, marcadamente o direito de propriedade.

Nessa linha, a despeito das controvérsias, desponta como característica comum em diversos autores, a suscetibilidade de domínio para a qualificação de bem jurídico[2].

Essa lógica patrimonialista e proprietária, que permeia a doutrina clássica, pode prejudicar a adequada qualificação dos bens de natureza existencial, assim como pode atrapalhar a consideração, no processo de interpretação-aplicação do direito, da relevância do bem patrimonial para a satisfação de necessidades existenciais.

---

[1] Cf. San Tiago DANTAS. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro, Forense; Francisco AMARAL. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro, Renovar; Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense; Washington de Barros MONTEIRO. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo, Saraiva; Silvio Rodrigues. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo, Saraiva; Paulo NADER. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense.

[2] Nesse sentido, posiciona-se Orlando Gomes: "Somente os bens suscetíveis de avaliação econômica são coisas em sentido jurídico. Para que assim se qualifique, é preciso que tenha valor de uso ou de troca, como, também, que possa ser apropriado, isto é, que possa ser submetido ao poder de uma pessoa, com exclusividade. Os bens de uso ou qualidade ilimitada não são coisas (*res communes omnium*). Se esses mesmos bens comum a todos são limitados, por conveniência legítima, adquirem o caráter de permutabilidade, na quantidade determinada, que passa a ser uma coisa. É indiferente que o objeto seja sólido, líquido ou gasoso, mas se requer tenha existência individualizada, aferida por critério econômico-social. A noção de coisa restringe-se juridicamente ao que pode ser objeto de domínio e posse". (2009, p. 180). Ou ainda, Francisco Amaral: "A utilidade e a possibilidade de apropriação dão valor às coisas, transformando-as em bens. O conceito de bens pressupõe, assim, uma valoração e uma qualificação. Bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico, como objeto de direito. O bem é, assim, jurídico, quando se considera útil para o titular do direito ou da situação jurídica subjetiva". (2014, p. 371).

Ao criticar o artigo 810 do Código Civil italiano, pelo qual "são bens as coisas que podem formar objeto de direitos", Pietro Perlingieri entende que "é unilateral o estudo da propriedade com a teoria dos bens" e que "não se deve exaurir a teoria dos bens na teoria dos direitos reais" (1999, p. 234). A justificativa é que as comodidades que não se mostram aptas para configurar-se como objeto de direito de relações de propriedade não poderiam ser caracterizadas como bens, o que prejudicaria a sistematicidade do ordenamento.

Afigura-se necessário, no presente contexto histórico, a ampliação do conceito de bem jurídico, prescindindo da perspectiva exclusivamente voltada à apropriação econômica. É a partir dessa visão crítica que Perlingieri vai delinear, por exemplo, a informação como uma utilidade idônea e, consequentemente, como bem jurídico[3]:

As transformações da sociedade, as novas tecnologias e as mudanças dos costumes levaram a novos objetos de relações jurídicas que, por conseguinte, passaram a ser merecedores de tutela, cujos exemplos vão desde as células tronco do cordão umbilical até os potenciais de energia.

O estudo do bem jurídico, o seu significado e o seu alcance, vinculam-se ao contexto histórico-social em que ele se encontra inserido. A partir do reconhecimento da historicidade dos conceitos, a análise dos bens jurídicos pressupõe, pois, a compreensão da sociedade em que eles se inserem, ou seja, é necessário perquirir o momento histórico em que tais bens surgiram e a razão da sua proteção jurídica, de modo que se possa analisar, mais à frente, se os bens públicos devem ou não atender a uma função social.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como objetivo tecer considerações acerca da função social do bem público. Para que essa análise seja feita, o trabalho perpassa pelo estudo das transformações no conceito de bem jurídico, estuda a questão da funcionalização e da função social dos bens e da propriedade, para, então, discutir especificamente a função social da propriedade pública e as possíveis sanções previstas para o seu descumprimento.

[3] A informação como serviço postula a informação como bem Pergunta-se se a informação é um bem jurídico, se e quando a informação pode ser deduzida em uma relação jurídica e quais são os instrumentos de tutela. A solução é de direito positivo; ela requer que a informação tenha uma utilidade socialmente apreciável e, ao mesmo tempo, encontre no ordenamento globalmente considerado uma avaliação de merecimento de tutela (*meritevolezza*). (1999, p. 235).

II. A funcionalização dos bens jurídicos

A plena compreensão do bem jurídico e do tratamento que lhe deve ser dispensado, dessa forma, pressupõe levar em conta a função que ele pode desempenhar. É de se perguntar, portanto, não somente o que é o bem jurídico, mas notadamente qual é a sua finalidade. Efetivamente, não estar limitado à pergunta "o que é?", mas também e principalmente direcionar a interrogação "para que" e "por que" o bem jurídico deve ser utilizado, de maneira a compreender não apenas a estrutura, mas principalmente a função desse instituto.

A historicidade ajuda a compreender o marco das transformações sociais e jurídicas relacionadas aos bens e torna possível o estudo da funcionalização do bem jurídico. Com a promulgação da Constituição de 1988, ocorreu a superação do paradigma individualista, característico do Código Civil brasileiro de 1916, feito para uma sociedade marcada pelo liberalismo econômico, pela igualdade meramente formal e pela função primordialmente econômica dos contratos.

A Constituição da República, promulgada em um contexto pós-ditadura, e também de um direito civil marcado por todo tipo de desigualdade – entre homens e mulheres, entre filhos, tendo o casamento civil válido como a única possibilidade de formação de família legítima, tutelou inúmeras figuras jurídicas consideradas, à época, de direito privado.

Com o advento do marco teórico chamado direito civil-constitucional[4] o perfil funcional das figuras jurídicas de direito civil passa a estar presente na metodologia de interpretação dos institutos presentes nas normas infraconstitucionais. Nessa toada, fala-se de funcionalização dos institutos previstos na legislação ordinária para neles reconhecer instrumentos de realização do projeto constitucional.

Assim, por exemplo, a liberdade para dispor economicamente dos bens deve atender à realização de um preceito que lhe é superior:

> Em relação à livre iniciativa econômica a liberdade de contratar é instrumental, isto é, para assegurar o exercício de atividade econômica,

[4] O precursor do marco teórico chamado Direito civil-constitucional é Pietro PERLINGIERI. Cf. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro, Renovar e *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. Entre nós, Gustavo TEPEDINO. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar. Maria Celina Bodin de MORAES. Constituição e direito: tendências. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In Gustavo Tepedino (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo, Atlas.

> garantem-se os meios necessários àquele exercício. Como todo meio, a liberdade de contratar não existe "em si", mas "para algo", isto é, está permanentemente polarizada e conformada para os fins a que se destina. Esses fins não são apenas concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes do art. 1.º, as diretrizes ou "normas objetivo" traçadas no art. 3.º e no art. 170, bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5.º e 7.º, todos da Constituição. Nessas normas (e ainda em outras que a Constituição produz) estão desenhados modelos de caráter conformador para o Estado e a sociedade. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 45).

A titularidade dos bens, na mesma linha, é uma situação jurídica subjetiva que somente merece ser tutelada como idônea a atender a valores resguardados pelo texto constitucional. Seu exercício está limitado, tanto externa como internamente, à sua funcionalidade, isto é, à sua instrumentalidade para a satisfação de valores da coletividade. É nesse sentido que se fala de uma "função social" de tais situações jurídicas.

III. Função social dos bens

Antes de ingressar no estudo da função social da propriedade, cabe realizar um estudo sobre o que significa "função social", eis que no ordenamento jurídico brasileiro ela não é só utilizada para questões ligadas à propriedade. Por meio dessa análise, será possível traçar melhor os contornos da função social relacionada à propriedade, objeto do item seguinte desse artigo.

A função social decorre do objetivo fundamental da República previsto no art. 3º, inciso I da Constituição Federal, que é o princípio da solidariedade social, dando ensejo à criação de um "Direito Social".[5] Muito mais valorizada no texto constitucional de 1988, posto que não só encontrou previsão, mas parâmetros para a sua realização, conforme veremos adiante, a função social restou consagrada.

No mundo dos contratos não foi diferente. Com a promulgação do Código Civil de 2002, a função social alcançou o mundo dos contratos. Segundo Gustavo Tepedino:

> A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a

[5] A expressão é de Giselda M. Fernandes Novaes HIRONAKA em seu artigo "*A Função Social do Contrato"*, publicado na Revista de Direito Civil, n. 45.

> interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. (2009, p. 149).

Como já visto pelas lentes dos citados autores, a função social tem inspiração nos princípios constitucionais. Mas, de fato, o que é a função social e qual dos seus conceitos pode ser aplicado aos bens?

Na expressão de José Diniz de Moraes, "'função é a satisfação de uma necessidade', que pressupõe, sempre, uma relação com um bem apto a satisfazê-la". (MORAES, apud LOUREIRO, 2003, p. 110).

Em relação ao termo social, "Diversas ideias podem decorrer do termo, de conteúdo aberto a uma primeira leitura. Fala-se em função social como sinônimo de expressões diversas, como bem-estar social, utilidade social, interesse social, fim social. Como sintetiza Stefano Rodotà, todas as expressões reconduzem a um máximo social" (*apud* LOUREIRO, p. 111).

Francisco Eduardo Loureiro explica a posição de Stefano Rodotà sobre o tema:

> O termo função social, na acepção constitucional, não constitui simples convite a um mais atento exame de concreta experiência jurídica, mas sim representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes que existe uma utilidade social exigida pelo legislador. Por isso – insiste o autor, não há o clássico confronto dialético entre estrutura e função. (2002, p. 110).

Nas disposições transitórias do Código Civil de 2002, assim determina o parágrafo único do art. 2.035: "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". No entanto, a funcionalização e a relevância da função social não podem estar restritas ao paradigma da propriedade privada ou dos contratos entre particulares.

A transformação do conceito de bem jurídico impõe que todas as utilidades protegidas pelo direito sejam funcionalizadas e, que mesmo fora do modelo da propriedade privada, se possa falar de uma função social dos bens jurídicos.

IV. Função social da propriedade

A doutrina[6] referencia a Constituição de Weimar, de 1919, como o primeiro texto normativo a tratar da função social da propriedade, que preconizava em seu art. 153 que "a propriedade obriga. Seu uso deve ser igualmente feito no interesse geral". O Código Civil de 1916, influenciado pela codificação oitocentista estrangeira e pensado para uma sociedade de cunho individualista, que ainda via nas terras e no contrato uma função exclusivamente econômica, foi omisso nessa questão. A Constituição Federal brasileira de 1946, por exemplo, ainda que tardiamente – em relação a ordenamentos estrangeiros – previa que o uso da propriedade estava condicionado ao bem-estar social.

A legislação infraconstitucional cunhou a mesma diretriz, assim, o Estatuto da Terra – Lei nº 4.504/64. Giselda Fernandes Novaes Hironaka relembra que a Carta de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69 "consagraram este princípio da forma mais ampla, no art. 160, III, dispondo que a ordem econômica e social têm por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos princípios que menciona, dentre os quais se destaca o da função social". (1988, p. 145).

No entanto, foi com a promulgação da Constituição da República de 1988 que ocorreu o aprofundamento da função social da propriedade, eis que o constituinte estabeleceu parâmetros para a sua aferição e possibilitou a relativização do conceito de propriedade com mais segurança. Foi possível, assim, fugir à tradicional característica de absolutismo do direito de propriedade a partir de padrões constitucionalmente definidos:

> A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extra proprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade". (TEPEDINO, p. 337).

João Emílio de Assis Reis propõe outra leitura sobre o conceito de função social de propriedade, que pode, ao nosso sentir, ser somada a todas as outras:

> Cabe também uma outra leitura, a qual o texto constitucional dá muito mais ênfase, quando se liga a expressão "social" à ideia de "promoção humana". Nesse sentido, a função social assumiria um papel de perseguir relações sociais mais justas. Aqui é que se vai ter a verdadeira sensibilidade social da expressão função social da propriedade, posto que o objetivo é uma sociedade mais justa e menos desigual, ao invés

[6] Por todos: Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER. O papel do Poder Judiciário na efetivação judicial da função social da propriedade. *In* Juvelino José STROZAKE. (coord.) Questões Agrárias: questões, julgados e pareceres. São Paulo, 2002.

> da ideia tradicional e ineficaz de simplesmente se garantir que todos possam ter acesso a propriedade. (2012, p. 12).

E fundamenta a sua leitura da função social da seguinte forma:

> Essa leitura do texto constitucional é consistente, pois essa leitura conforma valores como os que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e ainda com outros valores e objetivos a se alcançar, estabelecidos na Constituição, como "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3, I); "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3, III); "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer formas de discriminação". (art. 3, IV).

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ensinam que se atribui a Duguit a difusão do termo "função social da propriedade". E que o jurista francês entendia que "a propriedade não é o direito do proprietário, é a sua função social, é a tarefa que o proprietário tem a obrigação de realizar, em virtude do lugar ocupado por ele na sociedade" (2002, p. 37).

Para Luiz Edson Fachin:

> A função social da propriedade não se resume no aproveitamento econômico do bem. Conforme menção expressa do Código Civil, a preservação ambiental é dado que integra o conceito de função social da propriedade, tanto quando se faz referência à propriedade rural como no que tange à propriedade urbana. (2008, p. 100).

Em análise ao caso italiano, mas que pode ser aplicada ao Brasil, Pietro Perlingieri explica:

> Em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.), o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. (2008, p. 940).

V. Função Social da propriedade pública

Antes de iniciarmos a discussão acerca da função social do bem público, questão central deste artigo, é importante tecer algumas considerações sobre a classificação dos bens em público e privado.

O legislador de 2002, seguindo orientação já presente no Código Civil de 1916, utiliza o critério subjetivo, distinguindo os bens públicos e privados, segundo a titularidade dos mesmos. Assim, determina que os bens de domínio nacional pertencentes

a pessoas jurídicas de direito público interno são públicos e, residualmente, os demais bens seriam privados.

Se, por um lado, tal classificação se justifica pela disciplina jurídica diferenciada para cada grupo de bens segundo o titular de domínio, atendendo às necessidades de segurança jurídica, especialmente no que tange a certas restrições próprias da propriedade pública, por outro, ao considerar o aspecto estrutural apenas, deixa de lado a real função desempenhada pelo bem, não considerando o seu efetivo uso e/ou destinação. Destaca-se a reflexão proposta por Gustavo Tepedino:

> A partir do exercício da titularidade sobre os bens, corpóreos ou incorpóreos, os sujeitos extraem as utilidades econômicas pretendidas, de sorte que as normas que irão reger o aproveitamento econômico dos bens serão determinadas de acordo com a finalidade e a função que tais bens desempenham. Deste modo, **a disciplina das coisas não se afigura estática e imutável, mas varia segundo o bem e a relação jurídica na qual se insere**. Dito diversamente, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de tutela diferenciados consoante não apenas o bem, mas o conjunto de interesses ao qual se refere e que identifica a disciplina jurídica aplicável (2011, p. 2).

Exatamente neste ponto reside o questionamento hora feito, na medida em que entende-se que, atualmente, deve-se privilegiar o aspecto funcional dos institutos jurídicos, concretizando o que a metodologia do direito civil constitucional aponta como uma de suas premissas fundamentais, que é a funcionalização[7]. Nesta perspectiva, ao olhar um bem deve-se perquirir para além dos seus elementos constitutivos e estruturais (o que é), a sua razão justificadora (para que serve)[8].

Trazendo essa ideia para classificação dos bens, há de se perguntar se a identificação do vínculo de titularidade é suficiente para a classificação dos bens, ou, se a classificação deve atentar, para além desse vínculo estrutural, para a função concreta que tais bens desempenham[9].

---

[7] Como explica Carlos Nelson Konder, Todo instituto jurídico possui uma estrutura e uma função. A concepção de estrutura. A concepção de estrutura, de maneira geral, conduz aos elementos que compõem o instituto, em seu aspecto morfológico. [...]. A concepção de função de um instituto, além de remeter aos seus efeitos, liga-se também à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto "como é", a função indica "para que serve"". (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26-27)

[8] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94.

[9] Cita-se o Enunciado 287, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que dispõe: "O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos".

Os autores que destacam a importância de uma classificação funcionalizada dos bens, ao que parece, exemplificam com a possibilidade (ou necessidade) de conferir proteção própria dos bens públicos aos privados que estejam exercendo uma função de utilidade pública[10], mas não o inverso. Isto talvez se justifique pela necessidade de segurança jurídica e, sobretudo, pela inalienabilidade do bem público. Como observa Pietro Perlingieri:

> "Outro aspecto que justifica uma visão pluralista da propriedade é o sujeito. Também o aspecto subjetivo deve ser estudado em perspectiva funcional: não basta afirmar que a propriedade é privada se pertence a um particular, e é pública se pertence a um ente público, como aparentemente a própria Constituição afirma (art. 42). Este critério diferenciador não é de todo satisfatório: de fato, ainda que normalmente a propriedade pertencente a um ente público é pública e a pertencente a um particular é privada, pode ocorrer que a propriedade de um bem produtivo que desenvolva uma função de interesse nacional ou de utilidade geral, apesar de pertencer a um privado, seja submetida a uma disciplina publicista (art. 43 Const). Que uma situação caiba a um sujeito ou a ele pertença não é por si só suficiente. Para algumas situações justificar-se-ão incentivos, privilégios, para outras, idênticas do ponto de vista econômico e da teoria dos bens, justificar-se-ão deveres específicos, limites, sanções" (2008, p. 927).

Os breves questionamentos acerca do critério utilizado para a classificação dos bens segundo a sua titularidade nos pareceram importantes para subsidiar a discussão pretendida: *os bens públicos têm que cumprir uma função social?*

A própria consistência teórica de tal pergunta pressupõe uma distinção proposta por juristas administrativistas entre interesse público e interesse social. Já a finalidade prática de se buscar uma resposta possível é, na eventualidade de a mesma ser afirmativa, a identificação de possíveis efeitos para o descumprimento da função social do bem público.

Eros Roberto Grau (2012, p. 232), peremptoriamente afirma que o pressuposto para se falar em função social da propriedade, é que a propriedade seja privada e que, tendo em vista que a propriedade pública estaria a cumprir uma função pública, seria inócuo falar em função social da propriedade pública:

> Os incisos II e III do art. 170 enunciam como princípios da ordem econômica, respectivamente, a propriedade privada e a função social da

[10] Todos os bens que "pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2011).

> propriedade [...]. O primeiro ponto a salientar, no tratamento da matéria, respeita ao fato de que, embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da **função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada**. [...]. a ideia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. **A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. (**2012, p. 232) (grifou-se)

Nilma de Castro Abe (2008, p. 149) deduz uma série de argumentos para justificar a não incidência da função social à propriedade pública. Inicialmente, argumenta a autora que a propriedade pública não possui um regime jurídico unívoco, tal como teria a propriedade privada. Este argumento não nos parece correto, já que a propriedade privada não conta com tal regime jurídico único.

A rigor, como explica Carlos Edison do Rego Monteiro Filho (2014, p. 18-21), do ponto de vista funcional, a propriedade deve ser compreendida em sua complexidade e, à esteira do que é defendido por Pugliatti, conclui "não mais ser desejável se referir à propriedade no singular, mas sim no plural, haja vista a enorme diferenciação entre os diversos estatutos proprietários existentes nas distintas situações subjetivas que se revelem em concreto". Ademais, o fato de os bens públicos estarem submetidos a regimes diversos, a princípio, só poderia indicar a necessidade de fixar os contornos da função social para cada grupo de bens públicos.

Outro argumento proposto por Nilma de Castro Abe (2008, p. 149) consiste na impossibilidade do uso exclusivo do bem público por seu titular, visto que os bens de uso comum do povo seriam vocacionados ao uso direto e, os bens de uso especial ao uso indireto. A este argumento contrapõe-se o entendimento defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem, o fato de tais bens, seja por natureza, seja por afetação legal, terem destinação pública, nada tem a ver com função social que será alcançada quando da ampliação do uso de tais bens aos particulares:

> Note-se que o poder público tanto pode restringir como pode ampliar o uso de bens públicos. Quando restringe, está exercendo o poder de polícia sobre o patrimônio público. [...]. Quando amplia, está atendendo ao princípio da função social da propriedade pública, uma vez que está cumprindo o dever de garantir que a utilização dos bens públicos atenda da forma mais ampla possível ao interesse da coletividade. (DI PIETRO, p. 7).

Por outro lado, como já mencionado, aqueles que defendem a tese de que a propriedade pública também tem que observar a função social, o pressuposto é a distinção entre interesse público e interesse social. A ideia central para aqueles que propõem a distinção é de que, não obstante os adjetivos público e social poderem ser utilizados como sinônimos, quando qualificando o interesse como metaindividual, para as demais situações teriam conotações distintas.

A diferença proposta é apresentada a partir da bipartição do interesse público em primário e secundário ou, apenas, através da distinção entre interesse público e social. A ideia central é a de que o interesse social (ou interesse público primário) estaria associado ao bem comum, afetado, portanto, a noção de coletividade, enquanto que o interesse público denotaria a presença do Estado[11]. João Emílio de Assis Reis (2014) corrobora tal distinção citando as Ações Populares, Ações Civis Públicas e a própria atuação do Ministério Público, onde questiona-se a ação de uma pessoa jurídica de direito público interno, atuando em nome do interesse público.

Por fim, ao admitirmos uma mínima diferença entre interesse público e interesse social, deve prevalecer o segundo sobre o primeiro, afinal o Estado não é mais que um instrumento realizador dos anseios sociais. E, uma vez estabelecida a distinção entre interesse público e social, necessário torna-se buscar o fundamento para a função social da propriedade pública.

Inicialmente, da leitura do artigo 170 da Constituição Federal[12] depreende-se que a propriedade e sua função social, são princípios da ordem econômica e social. No dispositivo comentado o destinatário da norma é todo aquele que participa da atividade econômica. Assim, não há que se excluir o mandamento de cumprir a função social da propriedade também às pessoas jurídicas de direito público[13].

---

[11] Cf.: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos; conceito e legitimação para agir. 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[12] Art. 170, CF/88. 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; [...].

[13] AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Insurgência do Município de São Paulo contra determinação do juízo de origem, que condicionou sejam adotados, pelo exeqüente, os meios necessários para abrigar crianças deficientes portadoras de Síndrome de Down, que estão alojadas em pequena e insignificante área pública, como condição de efetivação da ordem de reintegração de posse. Decisão mantida. Recurso não provido. "O Estado não é – e não pode ser um fim em si mesmo. Também não se admite que o Estado coloque a propriedade de bens públicos com valor que supere a vida humana e o bem-estar das pessoas que lhe outorgaram a prerrogativa de as proteger. Ademais, a invasão de terras improdutivas ou não aproveitadas convenientemente ou a ocupação de 'sobras' mal utilizadas ou não utilizadas pelo Poder Público, por parte de pessoas doentes e desamparadas, está a revelar um desacerto social, um desvio de rumo e um indício de que alguma coisa não vai muito bem na distribuição de renda e no cumprimento dos objetivos do Estado, estabelecidos expressamente na Constituição Federal (TJSP. 3ª.

Ademais, como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apesar de o princípio da função social da propriedade pública não estar consagrado com tanta clareza no texto constitucional, o mesmo estaria definido por meio das diretrizes a serem observadas pelo poder público, repousando o seu fundamento no artigo 182 da Constituição Federal, como depreende-se do trecho abaixo:

> O princípio da função social da propriedade pública não está consagrado com tanta clareza na Constituição. Ele não é definido senão por meio de diretrizes a serem observadas pelo poder público. Ele está sintetizado no artigo 182. O dispositivo coloca como objetivo *da política de desenvolvimento urbano 'o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes'.* (2006, p. 3).

Em síntese, entendemos que a propriedade, seja pública, seja privada, tem que cumprir uma função social, merecendo especial destaque as considerações tecidas por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

> Neste sentido, conclui-se que também **a chamada propriedade pública tem uma função social.** A referência corriqueira à função social da propriedade privada" explica-se pelo fato de que é, neste âmbito, que a funcionalização opera de forma mais revolucionária, afastando a tradicional noção da propriedade privada como espaço de liberdade individual e tendencialmente absoluta do titular do domínio. A propriedade pública, ao contrário, já se dirige, em tese, ao atendimento dos interesses de todas as pessoas e, por isso mesmo, referir-se à sua função social costuma parecer dispensável, uma repetição inútil daquilo que já lhe é reconhecido como essencial. **A verdade, todavia, é que a propriedade pública é, por definição, voltada não ao interesse social, mas ao interesse público, e o reconhecimento de sua função social impõe uma verificação de conformidade entre estes dois interesses, cuja importância não pode passar despercebida ao interprete**[14]**. (grifou-se)** (2005, p. 112)

V.1. Descumprimento da função social da propriedade pública

Uma vez firmado o entendimento que a propriedade pública tem que cumprir uma função social, resta perquirir quais seriam as consequências possíveis de eventual inobservância de tal comando. Certamente, parece difícil transpor as sanções previstas

---

Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento 335.347-5/00-SP. Rel. Des. Rui Stoco, julg. 21/10/2003).

[14] TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos.* Ano VI, n.6, Junho de 2005, p. 112.

para a propriedade privada que não cumpre a sua função social, para a propriedade pública. Mas, isto não significa que não existam consequências possíveis, tão pouco pode ser argumento válido para o não reconhecimento da função social da propriedade pública[15].

Inicialmente, afirma-se pela impossibilidade de usucapião de bens públicos, não obstante, alguns autores[16] entenderem que os bens dominicais, exatamente por serem objeto de relações patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público interno e não estarem afetados a uma função pública específica, estariam sujeitos a tal forma de aquisição originária da propriedade.

Os autores que entendem pela possibilidade da usucapião de bens públicos defendem que alguns bens, tais como, os dominicais e as terras devolutas, seriam apenas formalmente públicos, na medida em que tal qualidade decorreria apenas do vínculo de titularidade e não da afetação do bem a uma finalidade pública, razão que autorizaria a usucapião[17].

---

[15] Nilma de Castro Abe apresenta tal argumento, como uma das razões para o não reconhecimento da função social da propriedade pública: "iii) pela distinção entre o titular do bem (ente público), o administrador do bem (agente públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade), de modo que as sanções jurídicas previstas no ordenamento jurídico pelo descumprimento da função social são inaplicáveis aos entes públicos, sob pena de afronta aos traços característicos do regime jurídico de Direito Público, tais como, o princípio da federação (art. 1º CF), da autonomia de administração dos entes federados (art. 18 CF), da previsão orçamentária (art. 167 CF), da imunidade tributária (art. 150, VI, CF), da indisponibilidade do interesse público" (ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 11 – jan./jun. 2008, pp. 135-154, p. 150).

[16] Cf.: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 , volume 7: arts. 170 a 192. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais . 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris , 2006.

[17] "Os bens públicos são aqueles que pertencem ao domínio das pessoas jurídicas de direito público. No entanto, nem todos esses bens estão sujeitos a um regime também de direito público. Pertencem ao domínio público sem que, contudo, se sujeitem às regras jurídicas a que estão normalmente submetidos os bens públicos na plena acepção da palavra. Estes são públicos pela destinação e não somente pela titularidade. As terras devolutas constituem o maior contingente que compõe essa categoria de imóveis. Nada obstante serem públicas em razão da qualidade que detém a sua titularidade, não têm essa qualificação quando se leva em conta a destinação a que estão afetas. As terras devolutas não estão vinculadas ao atingimento de um fim público. Permanecem como um estoque de terras ainda não transpassado aos particulares ou, tendo um dia estado em suas mãos, já tornaram à origem em razão do donatário ter caído em comisso. O fato é que estas terras são possuídas pelos Poderes Públicos à moda de um particular. Devem, portanto, estar sujeitas ao usucapião, não colhidas, pois, pela expressão "imóveis públicos" a que se refere o Texto comentado. Esta distinção entre os bens públicos e as terras devolutas já era defendida por autores de grande tomo do nosso direito público. A matéria, contudo, em face do advento da atual Constituição, parece ter-se desapegado das areias movediças dos debates doutrinários para ingressar na arena segura da positivação jurídica. Assim é que o art. 188 da Lei Maior faz referência no mesmo preceito às terras públicas e às terras devolutas, deixando certo que acolheu a distinção esposada cientificamente. Se as terras devolutas fossem públicas, não haveria necessidade da sua referência. Essa só se explica pelo fato de o Texto Constitucional ter perfilhado a tese segundo a qual só são públicos os imóveis quando sujeitos a um regime de direito público. Portanto, é forçoso reconhecer que, nada obstante um imóvel ser público por compor o domínio de uma pessoa de direito público, ele pode ser dominical do ponto de vista da sua destinação ou utilização. Esses são usucapíveis". (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição

Neste sentido, destaca-se decisão recente e inédita do Tribunal de Justiça de Minas Gerais[18] que indeferiu o pedido do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), que solicitava a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, no Km 280 da BR-381, onde residem cerca de dez famílias, formadas, em sua maioria, por servidores e ex-servidores do próprio DER-MG, instalados no local desde a construção da rodovia, há cerca de 30 anos.

Em seu voto, o Relator Desembargador Luís Carlos Gambogi destacou o fato de as famílias terem formado "uma pequena vila, dotada de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena igreja' e lá estarem há cerca de 30 anos. Ademais, no que se refere a questão de direito, ressaltou que, além do preenchimento dos requisitos para a usucapião, os imóveis em questão seriam doados a um município vizinho, a fim de que lhes fosse dada destinação social, conforme trecho abaixo transcrito:

> "Constata-se ter sido preenchido não só o requisito temporal exigido no Código Civil, como também a qualidade dos apelados de legítimos possuidores a título próprio, da fração do imóvel objeto da presente demanda, sendo mister o reconhecimento de seu direito à aquisição da sua propriedade pela usucapião, ao contrário do que defende o apelante. Ademais, cumpre ressaltar que malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, § 3º, da CF; art. 102, do Código Civil) o imóvel usucapiendo não está incluído em área de domínio público, tanto que, conforme corretamente decidiu o d. Magistrado "a quo": "Importa salientar que, no caso concreto dos autos, a viabilidade de se declarar a prescrição aquisitiva se encontra ainda mais evidente, porque já existe uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar os imóveis em comento ao Município de Antônio Dias, justamente para que este lhes dê uma destinação social, promovendo o assentamento das famílias que estão no local."

Ao que parece, o reconhecimento da aquisição originária se baseou, além do preenchimento dos requisitos para tal, na imposição do cumprimento da função social da propriedade pública e, tendo em vista que a mesma deveria ser dada destinação social, razoável reconhecer a função que a mesma já vinha cumprindo.

A discussão acerca da possibilidade de usucapião de bens públicos que não estejam afetados ao interesse público não é nova. Francisco Cláudio Almeida Santos, comentando a disciplina jurídica do direito das coisas no Código Civil de 2002, faz interessante relato sobre as alterações, ainda na década de 1970, do anteprojeto do Código Civil em relação ao tema:

---

do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 , volume 7: arts. 170 a 192. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 222-223).

[18] TJMG, 5 CC. AC 1.0194.10.011238-3/001. Rel. Des. Barros Levenhagen.

> Quanto à vedação de usucapião de bens públicos, que constitui outra novidade expressa, exposição de motivos do Ministro MOREIRA ALVES, datada de 1970, expunha que, na versão original do Anteprojeto, apenas eram considerados insuscetíveis de usucapião "os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial"; na redação de 1972 do Anteprojeto, encontramos que excluídos da proibição seriam os "bens dominicais"; e na redação do mesmo Anteprojeto, de 1973, MOREIRA ALVES explica que, em face de objeções, a Comissão alterara a orientação, mantendo a proibição de usucapião, ressalvada, "de modo expresso, disposições especiais de lei". Através de emenda aprovada no Senado, provavelmente para harmonizar o tema com a Constituição (§ 3º do art. 183 e par. ún. do art. 191), a norma contida no art. 102 do novo Código ficou redigida desta forma: "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião" (SANTOS, p. 24-25)

Entretanto, por mais que seja coerente o argumento de que a admissão da usucapião de bem público, que não esteja afetado a uma função pública, seja um caminho possível para a concreção da função social da propriedade, em nosso ordenamento jurídico, esta resta-se impossível em razão da proibição cabal contida no art. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal[19], além de ser tema já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal[20] e, também, ser objeto de vedação expressa, da legislação infraconstitucional civil[21]. Ademais, nos parece perigoso e artificioso tentar advogar a tese de promover uma interpretação sistemática da Constituição para invalidar dispositivo expresso.

Por outro lado, se a propriedade pública tem que cumprir uma função social, o seu descumprimento deve acarretar alguma consequência, sendo que esta deve, obrigatoriamente, estar em conformidade com a função social da propriedade.

Nesta perspectiva, questiona-se se não seria viável a aplicação da sanção prevista no artigo 1228, § 4º, do Código Civil de 2002[22], qual seja, o perdimento do bem por meio

---

[19] **Art. 183, CF.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. [...] **§ 3º** - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
Art. 191, CF. 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 cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

[20] **Súmula 340, STF:** Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

[21] **Art. 102, CC 2002.** Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

[22] **Art. 1.228, CC/2002.** 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. [...] **§4º** O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

da desapropriação judicial em razão de interesse social. Sobre esta figura, destaca-se a explicação de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

> Trata-se de nova hipótese de exceção à reivindicação do bem imóvel que, reconhecendo a propriedade do reivindicante, substitui a obrigação de restituir a coisa pelo pagamento da respectiva indenização. [...]. Mostra-se, desse modo, compatível com o sistema a solução que preconiza na espécie uma nova modalidade de aquisição originária da propriedade, por acessão social coletiva, ou acessão industrial imobiliária, na qual predomina o valor econômico e social das construções sobre o imóvel, funcionalizadas ao acesso a garantias fundamentais. (2011, p. 501)

A desapropriação judicial e a consequente perda do bem vai ao encontro da concretização da função social da propriedade, o que depreende-se dos próprios requisitos para tal, bem como da técnica legislativa adotada para enumerá-las. Observa-se com facilidade que o legislador introduziu conceitos jurídicos indeterminados, tais como "extensa área"; "considerável número de pessoas"; "obras e serviços"; e, "interesse econômico e social relevante".

Além disso, por não se tratar de usucapião, escapa a vedação constitucional, de sorte que os bens públicos dominicais estariam sujeitos a incidência da previsão, desde que preenchidos os requisitos. Inclusive, esta hipótese legal parece albergar o caso decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Esta possibilidade já vem sendo reconhecida pela doutrina[23], bem como já foi objeto de Enunciado da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, onde restou consignado que "são aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais"[24].

VI. Considerações Finais

[23] "Preserva-se, desse modo, a função social da propriedade e, ao mesmo tempo, sanciona-se seu descumprimento, inclusive, por pessoas jurídicas de direito público, a permitir o aproveitamento socialmente útil do imóvel dominical em benefício dos possuidores que nele realizaram obras e serviços de interesse social ou econômico relevante". (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 504.)

[24] Enunciado 304, CJF – Art.1.228. São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.

O presente trabalho teve por fim tecer considerações e, principalmente, provocar uma reflexão acerca da função social do bem público, bem como identificar, dentro da legalidade constitucional, consequências jurídicas possíveis para a hipótese de não cumprimento da função social de tais bens.

A construção aqui desenvolvida se deu a partir do diálogo com posições divergentes e tendo como marco teórico a metodologia do direito civil-constitucional.

As principais conclusões alcançadas estão sintetizadas a seguir.

1. O estudo do bem jurídico tem que ser realizado em atenção a sua historicidade, considerando-se, especialmente, o conceito histórico e social, bem como a razão da sua proteção jurídica.
2. Todos os institutos jurídicos são funcionalizados à tábua axiológica da Constituição Federal. Nesta perspectiva, deve-se perguntar não só o que é o bem jurídico, mas qual é a sua finalidade. E, conclui-se, que a titularidade dos bens só é merecedora de tutela jurídica quando o exercício da situação jurídica correspondente atender aos valores constitucionais.
3. O bem jurídico compreendido como todas as utilidades protegidas pelo direito deve observar uma função social.
4. A função social da propriedade deve ser atendida por todo bem inserido em uma relação de domínio, independentemente de estar vinculado a uma pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado.
5. A própria classificação dos bens segundo o vínculo de titularidade mostra-se insuficiente para o momento atual, segundo o qual de maior relevo mostra-se a função concreta desempenhada por tais bens.
6. Razoável parece a extensão da disciplina jurídica dos bens públicos para os bens privados que estejam afetados a uma função pública.
7. Isto, no entanto, não valida o raciocínio inverso, na medida em que o bem de titularidade pública, por opção do constituinte democrático, goza de prerrogativas e proteção inderrogável.
8. Por esta razão, entende-se que os bens públicos, ainda que apenas formalmente públicos, não sejam passiveis de usucapião.
9. Por outro lado, todos os bens públicos devem atender e concretizar a função social, sendo que a inobservância desta acarretará consequências e sanções jurídicas próprias.

10. Entende-se que o descumprimento da função social do bem público pode acarretar a sanção de perdimento do bem por meio da desapropriação judicial em razão de interesse social, nos termos do art. 1228, §§4º e 5º, do Código Civil de 2002.

Referências Bibliográficas

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 11 – jan./jun. 2008, pp.135-154.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. vol. 7: arts. 170 a 192. 2ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Dos bens (arts. 79 a 103). In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.* 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp.153-180.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.6. abril/maio/junho, 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em: 13/10/2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar: 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais . 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris , 2006.

GIORGIO, Cian; TRABUCCHI. Alberto. *Commentario Breve al Codice Civile*. 10ª ed, Padova, CEDAM, 1997.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª edição. Rio de Janeiro, Forense: 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15 ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Função social do contrato. *In* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 53, pp. 141-152.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros**.** Manual de processo coletivo. São Paulo: RT, 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos; conceito e legitimação para agir. 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. *In Revista Direito GV.* Volume 1, nº1, maio de 2005, pp. 041-066.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 41ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. *In* TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In.: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. (coord.). *Direito das relações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2014, pp.13-34.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito: tendências. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REIS, João Emilio de Assis. A Função Social da Propriedade e sua aplicabilidade sobre bens públicos. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4d5b995358e7798b>. Acesso em: 13/10/20014.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Francisco Cláudio Almeida. Algumas Considerações sobre o Direito das Coisas no Novo Código Civil. In: Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 17, n. 2, p. 1-101, jul./dez. 2005, pp.21-68. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/**informativo**/article/.../100>.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. O papel do Poder Judiciário na efetivação judicial da função social da propriedade. *In* Juvelino José STROZAKE. (coord.) Questões Agrárias: questões, julgados e pareceres. São Paulo, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In: Temas de Direito Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos.* Ano VI, n.6, Junho de 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens jurídicos. *In*: VENOSA, Sílvio de Salvo, GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (coord.). 10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012, pp.47-79.

TEPEDINO, Gustavo. Da incidência da imunidade tributária sobre livro eletrônico. *Soluções Práticas de Direito*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 161-186.

_____. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.