



**PEQUENOS ESCRITOS
INTERDISCIPLINARES**

**Diálogo, Ensino &
Direito**

Volume 02

Grupo de Pesquisa
FACES e Interfaces do Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos

ISBN: 978-17-2951-442-9

**COLETÂNEA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA:
DIÁLOGO, ENSINO & DIREITO
(VOLUME 02)**

EDITORAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E PADRONIZAÇÃO TEXTUAL
Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

ISBN: 978-17-2951-442-9

FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS

Avenida Governador Roberto Silveira, nº 910

Bom Jesus do Itabapoana-RJ

CEP: 28.360-000

Site: www.famescbji.edu.br

Telefone: (22) 3831-5001

Projeto Gráfico da Capa: Tauã Lima Verdan Rangel

Créditos da Imagem: Maternidade (1.942) de Cândido Torquato Portinari. In:
Rádio Tupi, São Paulo, Brasil.



O conteúdo de cada trabalho é de responsabilidade exclusiva dos autores.
A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves – Famesc

F143d Faculdade Metropolitana São Carlos.
v. 2 Diálogo, ensino e direito / Faculdade Metropolitana São Carlos ;
organização Tauã Lima Verdan. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2018.
2 v. – (Coleção pequenos escritos interdisciplinares).

Trabalhos do grupo de pesquisa Faces e Interfaces do Direito da Faculdade
Metropolitana São Carlos, Bom Jesus do Itabapoana, RJ.

Inclui bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.
ISBN 978-17-2951-442-9

1. UNIVERSIDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – CURSO
DE DIREITO 2. DIREITO 3. DIREITO - PESQUISA I. Faculdade
Metropolitana São Carlos II. RANGEL, Tauã Lima Verdan (org.) III.
Título

CDD 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
Prof. Dr. Tauã Lima Verdán Rangel	
O acesso à justiça e linguagem hermética: o “juridiquês” como barreira para a concreção do direito fundamental.....	13
Lorena Bomfim da Costa, Pâmella do Carmo Silva e Tauã Lima Verdán Rangel	
Reconhecimento da função socioambiental da propriedade: o interesse público em prol da salvaguarda do meio ambiente	32
Rafael Guimarães Oliveira e Tauã Lima Verdán Rangel	
Da delimitação da propriedade privada: da reserva patrimonial à função social	54
Ruth Roeles Campos e Tauã Lima Verdán Rangel	
O interesse público como instrumento de atuação da Administração Pública	89
Ruth Roeles Campos e Tauã Lima Verdán Rangel	
Limitação Administrativa em pauta: uma análise contextualizada à luz da realidade do Município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ	122
Ruth Roeles Campos e Tauã Lima Verdán Rangel	
A usucapião por abandono familiar nas uniões homoafetivas: a culpa no término das relações	143
Caroline Saturnino Chierici, Sangella Furtado Teixeira e Tauã Lima Verdán Rangel	

APRESENTAÇÃO

O Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito” foi idealizado a partir de uma concepção voltada para a autonomia e emancipação intelectual dos discentes-pesquisadores participantes. Para tanto, a gênese do grupo de pesquisa pautou-se no reconhecimento de tal espaço como o lócus de articulação entre os elementos imprescindíveis para a formação dos estudantes do ensino superior, quais sejam: ensino, pesquisa e extensão.

Tal fato decorre do reconhecimento de uma crise do modelo jurídico-normativo dominante e da racionalidade formal, no qual se percebe a necessidade de uma nova concepção paradigmática no âmbito da cultura jurídica. Os fenômenos sociais não podem ser analisados sob a égide da acabada dogmática jurídica. Ao contrário, a diversidade dos fenômenos impõem alternativas de construção de conhecimento jurídico por meio de um estudo metodológico conceitual, no qual empiria e experimentação são variáveis recorrentes no processo de produção científico-acadêmica.

Além disso, o Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito” propõe uma concepção mais arrojada de docência, rompendo com a ideia de mera transmissão professoral de conteúdo e optando pela acepção de professor-pesquisador, ou seja, aquele que alimenta o ensino com a investigação e a pesquisa. De igual modo, em decorrência da nova acepção de docência, valoriza-se o protagonismo do discente-pesquisador, ou seja, aquele que é capaz, a partir de uma perspectiva crítico-reflexiva e interdisciplinar, de construir conteúdos dinâmicos, dialogados e interdependentes,

apresentando uma perspectiva mais amadurecida sobre a aplicação dos conteúdos teóricos em situações práticas.

Ora, é imprescindível o desenvolvimento de um novo modelo jurídico, cujas características epistemológicas sejam concebidas a partir de uma nova racionalidade e de uma nova ética, através de sujeitos estimulados ao debate jurídico e à reformulação do objeto cognoscitivo do Direito. Os novos interesses dos sujeitos compreendem uma visão transdisciplinar da realidade social. A problemática produzida pelo novo contexto social exige a superação da concepção tradicional do ensino jurídico, o que possibilita o (re)pensar das regras que compõem o ordenamento normativo e a vida social.

É nessa nova perspectiva paradigmática de construção do conhecimento em direito que a pesquisa contribui para a formação do ensino jurídico, vez que amplia as atividades de ensino-aprendizagem, possibilitando reflexões e novas investigações sobre o objeto em estudo, o que resulta na efetiva elaboração de um processo criativo. A pesquisa é, sobretudo, uma criação. O exercício da pesquisa reflete a busca de produção de novos conhecimentos através da adoção de uma metodologia eficiente e adequada. Entende-se que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas delineados por formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de sociedade. A pesquisa abre a visão sobre a crise do Direito, vez que rompe a

[...] “praxis tecnicista” impulsionando os operadores do direito para uma investigação crítica e consciente que irá romper a estrutura do pensamento híbrido. Em verdade, trata-se de trabalho crítico que visa afastar as ideologias retrógradas. Neste contexto, “a pesquisa se insere na articulação do ensino do Direito enquanto exigência de identificar parâmetros para a compreensão da legitimidade epistemológica de novos conceitos e de ampliação

crítica de novas categorias em condições de organizar uma prática docente na qual a disponibilidade dos artefatos científicos operacionais e de hipóteses de trabalho não venham a funcionar como substitutivos de uma visão global dos fenômenos pesquisados, ao risco de condicionar todo o procedimento de investigação e de predeterminar os seus resultados”¹.

A escolha de um novo paradigma pressupõe mudanças, adoção de estratégias viáveis e operacionalizáveis que possam proporcionar uma Ciência Jurídica adequada à modernidade. O desafio que se instala, em relação ao ensino-aprendizagem, é a escolha do método capaz de captar essa realidade em movimento e repleta de informações. Cumpre ressaltar que o exaurimento do atual paradigma da Ciência Jurídica Tradicional descortina lenta e progressivamente o horizonte para a construção de um novo modelo de uma sociedade mais aberta, pluralista e multicultural. O Direito como ciência deve ser analisado pelo estudioso da metodologia científica a partir de sua teoria de conhecimento e da relação dessa produção teórica com a sociedade.

Logo, a cientificidade do Direito é inegável, tendo em vista a sua capacidade de (re)construir os fatos a partir de seus procedimentos formais. No plano jurídico reconhecem-se várias metodologias de pesquisas. Essas são voltadas exclusivamente para a solução de problemas práticos, relativos à interpretação e aplicação das normas de direito aos casos particulares. A epistemologia contemporânea encarregou-se de desmistificar a ideia de ciência como equivalente à ideia de descrição. Atualmente, o papel do cientista não é passivo, mas essencialmente ativo no processo de conhecimento. É dele que nascem as hipóteses, as teorias que buscam compreender e explicar os fatos da realidade, além das possibilidades de intervenção nessa mesma realidade.

¹ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Ensino Jurídico: Pesquisa e Interdisciplinaridade**, Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Conselho Federal da OAB Brasília, DF, 1996, p. 94.

Hodiernamente, a pesquisa ocupa lugar de destaque nos cursos jurídicos, vez que qualifica a formação profissional dos estudantes de direito, tendo estes amparo nos programas de iniciação científica. A pesquisa jurídica no Brasil tem se limitado em grande parte à pesquisa sociojurídica, embora, tenha havido um considerável crescimento, após 1996, na pesquisa institucional nas áreas do Direito Internacional, Direito Público e Teoria do Direito.

A propósito, o que caracteriza a atividade de pesquisa nas ciências em geral, inclusive na ciência jurídica é o seu caráter de inovação, em razão da busca de uma nova abordagem sobre um fenômeno ou da constituição de novos objetos. Nessa esteira, a pesquisa diferencia-se de outras atividades similares, tais como: o levantamento bibliográfico ou de jurisprudência, embora essas constituam parte integrante da pesquisa jurídica.

A pesquisa é uma atividade racional e sistemática que exige o planejamento de todas as ações desenvolvidas ao longo de seu processo de autoconstrução. É um procedimento prático de produção de conhecimento. No dizer de Bittar, É a pesquisa que faculta a preservação de recursos, a reserva de dados, a descoberta de informações, a crítica social e política, tendo-se por consequência a politização da sociedade, bem como o aumento da qualidade de ensino e a dispersão de informações pela sociedade, a pluralização de saberes, a autonomia nacional, o fortalecimento do pensamento e da identidade cultural, a resolução de problemas técnicos e práticos humanos, a eliminação da alienação do espírito².

Mister ressaltar que a pesquisa interdisciplinar, considerada um modelo global de cientificidade, enquanto modo de conhecer, promove uma

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.124.

aproximação epistemológica capaz de aglutinar múltiplas concepções, articulando os mais diversos pontos de integração dos fenômenos da vida social. O processo de pluralidade de conhecimento restaura o saber-pensar. Ora, nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional e é, pois necessário dialogar com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas. A adoção da pesquisa interdisciplinar permeia uma cultura inquietante capaz de transformar em práticas rotineiras os sinais teóricos exteriorizados das ações humanas projetadas no mundo. A distinção que se opera entre o sentido e o significado dessas práticas presume um deslocamento da visão cognoscente, vez que incorpora a totalidade de múltiplos conhecimentos.

A pesquisa jurídica possui suas características próprias de acordo com a singularidade do saber jurídico. A pesquisa jurídica pode ser classificada em pesquisa epistemológica e pesquisa operatória. A pesquisa epistemológica, inicialmente, se destinaria à investigação do próprio objeto da ciência jurídica, questionando-se sobre sua identidade e seus fundamentos científicos ou valorativos e, num segundo momento, à interrogação da própria atividade investigativa dos juristas. Já a pesquisa operatória abrange não só as disciplinas que tratam dos fenômenos sociais relacionados ao direito, mas igualmente as disciplinas que abordam o direito como um conjunto de instrumentos e técnicas. Esta pesquisa objetiva a produção de conhecimentos sobre Direito e a transformar esses conhecimentos em saberes práticos.

A pesquisa jurídica tende, na atualidade, com a mudança de paradigma imposta pela globalização, cada vez mais à pesquisa multidisciplinar e coletiva, o que implica o intercâmbio de pesquisadores de várias áreas do conhecimento, dispostos em redes cada vez mais globais. Em síntese, sobreleva reconhecer a importância da pesquisa no ensino jurídico, bem como nas atividades

profissionais dos operadores do Direito, porquanto nenhuma atividade racional do sistema de produção do conhecimento em Direito se encerra em si mesmo.

A pesquisa como um marco teórico referencial deve ser estimulada em todos os cursos jurídicos, porquanto representa a aquisição, nas relações de ensino/aprendizagem. Por fim, entende-se que a pesquisa, mormente a interdisciplinar, representa o liame necessário para o enriquecimento e o aprimoramento nas relações ensino/aprendizagem no âmbito do discurso jurídico, face às lacunas existentes nas relações interpessoais da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, entende-se que a pesquisa jurídica nos cursos de graduação e extensão deve ser cada vez mais incentivada, objetivando a aquisição de novos conhecimentos em razão do surgimento de novos modelos de paradigmas resultantes da globalização. A pesquisa é um instrumento que permite introduzir os discentes de graduação na pesquisa científica, sendo um instrumento de apoio teórico e metodológico à realização de um projeto que contribua na formação profissional do aluno. Tem a finalidade de despertar vocação científica e incentivar talentos potenciais entre discentes de graduação universitária, mediante participação em projeto de pesquisa, orientados por pesquisador qualificado. Repise-se que a pesquisa é o elemento despertador de uma nova percepção do Direito, fomentando a construção a partir do pensamento crítico.

De acordo com as diversas concepções de ciência e com a questão da criatividade diante dos métodos científicos, é comum o pesquisador se deparar com uma pluralidade de formas de se fazer a pesquisa. Ora, compreendida como capacidade de elaboração própria, a pesquisa está assentada em uma multiplicidade de horizontes no contexto científico. Ao lado disso, cuida pontuar, ainda, que a pesquisa é, também, um estudo pessoal, pois carrega em si marcas,

inferências e atitudes investigativas de quem a faz. É um estudo delineado pelo rigor que é compreendido de diversas formas no cenário científico.

Salta aos olhos que a pesquisa é responsável por aproximar o Direito das demais ciências e da realidade, porquanto fomenta a compreensão dos fenômenos sociais em sua plenitude. O discente do curso de Direito deve desenvolver a consciência de que a pesquisa não traz benefício para si próprio, indo além, eis que estabelece deveres a serem cumpridos com a sociedade e com a justiça. Desta feita, o discente do curso de Direito deve ser estimulado a pensar criticamente, a questionar as leis e a confrontá-las com os acontecimentos produzidos pela realidade.

Há que se reconhecer, portanto, que o estabelecimento da pesquisa como um dos pilares imprescindíveis para a formação dos discentes, em centro universitário, se apresenta dotado de peculiar relevância, porquanto rompe as tradicionais barreiras da ministração de conhecimento essencialmente teórico. Gize-se, neste aspecto, que a descrição de institutos e a exploração de aportes doutrinários teóricos, por parte do Direito, colocam em constante debate a necessidade de uma contemporaneização da Ciência Jurídica, permitindo ao discente, agora na condição de pesquisador, o desenvolvimento de uma visão crítica, desatrelada de conceitos pré-estabelecidos e de uma margem exclusivamente teórica, encontrando na pesquisa um novo prisma analítico.

A partir de tal substrato, a coleção “Coletânea de Produção Científica”, dividida em eixos temáticos vinculados às linhas de pesquisa do Grupo “FACES e Interfaces do Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no Direito”, reúnem os artigos científicos e resumos expandidos produzidos pelos discentes-pesquisadores participantes, os quais refletem os esforços acadêmico-institucionais para o estabelecimento de um novo perfil de discente, sobretudo no

que se refere ao desenvolvimento de competências e de habilidades exigidas pelo perfil contemporâneo de mercado, notadamente aspectos vinculados à inovação, à capacidade de resolução de problema, à criatividade e à perspectiva interdisciplinar de abordagem de questões.

Desejamos a todos uma excelente leitura,

Prof. Dr. Tauã Lima Verdán Rangel
*Líder do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do
Direito: Cultura, Sociedade e Interdisciplinaridade no
Direito”*

ACESSO À JUSTIÇA E LINGUAGEM HERMÉTICA: O “JURIDIQUÊS” COMO BARREIRA PARA A CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

Lorena Bomfim da Costa³
Pâmella do Carmo Silva⁴
Tauã Lima Verdán Rangel⁵

Resumo: Como é cediço, a linguagem é o instrumento através do qual o homem se utiliza para a comunicação, sendo um dos aspectos caracterizadores da racionalidade, emancipação intelectual e desenvolvimento de uma perspectiva crítico-reflexiva. Neste sentido, faz-se carecido destacar que a linguagem encontra vinculação direta ao desenvolvimento das potencialidades de expressão e interpretação da capacidade humana, sendo responsável pela construção de relações e interações. É possível, então, em um primeiro momento, reconhecer que a linguagem desempenha a inclusão do homem em sociedade. Entretanto, nem sempre essa comunicação se faz clara e eficiente de forma a atender as situações cotidianas, especialmente falando do Judiciário. A linguagem rebuscada é uma marca do Direito, no entanto quando carregada de muitos termos técnicos, jargões e utilizando-se de forma excessiva do latim, mostra-se retórica. Não é proveitoso falar difícil para ser bem visto e entendido. Nesta senda, a proposta é demonstrar que a simplificação da linguagem tende a ser mais acessível e a evitar a barreira que se forma quanto ao acesso à justiça visto que a clareza das informações é imprescindível e que princípios constitucionais fundamentais não devem ser ignorados. O método empregado para a construção do presente é o hipotético-dedutivo, assentando-se na utilização de revisão bibliográfica e diálogo com fontes específicas sobre a temática. Depreende-se, assim, como conclusão, que a linguagem demasiadamente técnica e rebuscada empregada pelo Direito Brasileiro, sobretudo no Poder Judiciário, denominado “juridiquês”, desempenha papel excludente para parcela considerável

³ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, lorenabomfim16@hotmail.com;

⁴ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, pamellacs@outlook.com;

⁵ Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

da sociedade, atuando, por vezes, como elemento impeditivo para a concreção do Direito e para a autonomia dos indivíduos.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direito fundamental. Textos Jurídicos. Barreira. “Juridiquês”.

INTRODUÇÃO

O Direito é um ramo das ciências sociais que, assim como os demais campos de atuação, é dotado de linguagem e termos específicos que o caracterizam. Entretanto, quando utilizados de maneira exagerada esses termos, jargões e linguagem muito técnica, tendem a impor uma barreira que obstrui o entendimento daquele que está ouvindo ou mesmo lendo uma peça processual. Não é preciso falar e nem escrever difícil para ser bem visto ou entendido. Nesta senda, o presente artigo se propõe a discorrer acerca da dificuldade da concretização do direito de acesso à justiça resultante do uso do “Juridiquês”, ou seja, linguagem rebuscada e demasiadamente técnica utilizadas em peças processuais e na fala dos operadores de Direito. O objetivo deste é demonstrar a importância de haver clareza na linguagem jurídica, uma vez que ela é o maior instrumento da comunicação entre os operadores do Direito e seus principais interlocutores, que na maioria das vezes são leigos, e desta maneira resguardar o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais.

1 BREVES NOÇÕES DE LINGUAGEM

Inicialmente cabe esclarecer o que vem a ser linguagem, a fim de que o tema central deste, a ser tratado posteriormente fique mais bem esclarecido. Neste sentido, pode-se afirmar que, a linguagem nada mais é do que o instrumento utilizado pelo homem para expressar-se, seja pela fala, escrita ou outros meios convencionais. Consoante explica Schwirkowsky (2014, s.p.), em seu cotidiano, o homem serve-se das chamadas linguagem verbal e não verbal para se comunicar, estando embutida na linguagem verbal, a fala, bem como a escrita e na forma não verbal, música, gestos,

imagens, entre outros. A linguagem verbal na forma oral é aquela utilizada quando se está frente a frente ao interlocutor, por exemplo, numa conversa. Nesta, aspectos como a postura, o tom de voz e expressões faciais contribuem para uma efetiva comunicação.

Já a linguagem verbal na forma escrita é utilizada, por exemplo, numa redação na qual quem escreve precisa deixar claro ao seu destinatário o que pretendia dizer. Na linguagem oral, o grau de formalidade a ser utilizado vai depender do ambiente em que se encontra quem está falando, do objetivo que deseja atingir, assim como de quem são os ouvintes. Existem situações que demandam que as falas sejam mais elaboradas ou que convém organizar um texto formal, de acordo com a norma culta da língua, todavia na maioria das vezes, faz-se o uso da linguagem coloquial.

De maneira geral, a linguagem se apresenta em dois aspectos, a saber: artístico e técnico. Neste sentido Nascimento explica o que vem a ser cada uma delas, vejam-se: “a linguagem artística, também denominada expressiva é a literatura, a saber, a expressão de uma arte. Busca a emoção estética, e, obviamente onde reina a emoção não deve haver normas rígidas. A linguagem técnica visa informar, ou convencer” (1999, p. 10 *apud* SCHWIRKOWSKY, 2014, s.p.). Através desses dois aspectos, é possível extrair que a primeira é a linguagem informativa, encontrada em livros didáticos e dirigida á inteligência, já a segunda é a linguagem lógica, que pertence á linguagem forense, e busca a razão por intermédio da expressão verbal do raciocínio, tendo por objetivo o convencimento.

Destarte, conforme Moreira *et al* (2010, p. 140), adentrando ao universo jurídico, torna-se imperioso destacar que a linguagem é essencial no Direito, uma vez que é por meio dela que esta área em questão se origina e se desenvolve. O Direito é um instrumento de controle social, criado da sociedade e para a sociedade, assim, ele deve ser encarado como uma instituição que acompanha passo a passo a história da humanidade, sendo um processo passível de mudanças e realizado sempre

objetivando o bem comum. Partindo dessa premissa, bastante pertinente é a colocação de Edmundo Dantes Nascimento que aduz:

A linguagem socializa e racionaliza o pensamento. É axiomático, modernamente, que quem pensa bem, escreve ou fala bem. Assim cabe ao advogado e ao juiz estudar os processos do pensamento, que são o objeto da Lógica, conjuntamente com a expressão material do pensamento que é a linguagem. Talvez nenhuma arte liberal necessite mais de forma verbal adequada que a advocacia, isto porque o jurista não examina diretamente os fatos, porém fá-lo mediante uma exposição deles, e esta exposição é, necessariamente, textos escritos ou depoimentos falados. (NASCIMENTO, 1995, p. 3 *apud* MOREIRA *et al*, 2010, p. 140).

Logo, fica claro aqui que o operador do Direito nunca deve se esquecer da função social da linguagem na sua área, em razão de que muito mais do que falar ou produzir uma peça processual, ele deve ter em foco qual é destinatário da mensagem que quer transmitir. Insta salientar que, por vezes, esse destinatário é leigo e deseja saber que direitos estão sendo defendidos ou violados, assim, precisasse dosar a maneira de falar e a escrita do texto, de modo que a linguagem técnica não sacrifique nunca a clareza do que está sendo dito.

2 A LINGUAGEM JURÍDICA E O JURIDIQUÊS

Como é cediço, a linguagem jurídica é e sempre foi marcada por formalismos e burocracias. Assim, é possível reconhecer que no Direito, como em qualquer área de atuação existe uma linguagem diferente, entre advogados, juízes, promotores, composta por jargões e termos técnicos próprios. Certas palavras e expressões tornam-se fundamentais na construção de falas e textos jurídicos, pois a eles conferem sentido e forma. Muitos são os estudiosos que afirmam o quão indispensável é a linguagem tanto falada quanto escrita no âmbito jurídico, sendo ela a matéria-prima para o desenvolvimento das atividades da área. (VILAÇA, 2015)

Nesta linha de visada, o mesmo site menciona que as leis são pensadas, discutidas e elaboradas tendo como finalidade, serem claras, contextualizadas de acordo com o caso e entendidas na sua essência, cabendo ao jurista, como um estudioso, gramático e apreciador das diferentes nuances de textos, ler, compreender e interpretar peças profissionais e outros documentos. O recurso utilizado para entender o que a legislação diz é ler bastante doutrinas, jurisprudências e estar alicerçado em princípios a fim de que esses possam dar ao intérprete um norte.

Na supracitada fonte, encontra-se ainda que, para que um operador do Direito, por exemplo, fale bem e escreva com propriedade é necessário que essa pessoa possua um hábito de leitura e do estudo das estruturas da Língua Portuguesa, ou seja, a voz da gramática avocando precisão na construção de textos e falas e afluindo a formalidade sem rigorismos, a concisão sem formalismos e a clareza sem imperfeições. Em síntese, o texto legal, sentenças, peças profissionais e demais documentos produzidos na esfera do Direito devem ser sociais por excelência, para atender aos mais diversos públicos, sendo constituído por palavras também sociais.

Segundo, Schwirkowsky (2014, s.p.) e Andrade (s.d., s.p.), a linguagem jurídica quando demasiadamente recheada de palavras arcaicas, termos técnicos, jargões, palavras em latim, forma o denominado “Juridiquês”, que é encarado por muitos como burrice e pode ser vislumbrado até hoje nos pronomes de tratamento, mesmo fora do âmbito forense entre os pares, na burocracia que envolve o processo. Conforme SCHWIRKOWSKY (s.p, 2014), a palavra “Juridiquês” não integra ainda os principais dicionários brasileiros e antigamente era utilizada como chacota para nomear o linguajar rebuscado dos operadores de Direito. Essa palavra ganhou mais força depois que a **Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)** lançou a Campanha pela Simplificação do “Juridiquês” em 28 de agosto de 2005.

De acordo com o escólio apresentado por Andrade (s.p., s.d.), o “Juridiquês” nada mais é do que um neologismo criado no meio jurídico para determinar essas pompas desnecessárias que acabam construindo ideia diversa daquela que se almejava transmitir. As pessoas acabam por não entender o que se pretendia dizer ou

ainda, pelo uso desmedido de latim, acabam tendo ideias retorcidas, como ocorreu no caso a seguir delineado:

Diz a lenda que Rui Barbosa, ao chegar em casa, ouviu um barulho estranho vindo de seu quintal. Chegando lá, constata haver um ladrão tentando levar seus patos de criação. Ele se aproxima vagorosamente do indivíduo e surpreendendo – o ao tentar pular o muro, com seus amados patos, disse-lhe: - Óh bucéfalo anácrono! Não o interpelo pelo valor intrínseco dos bípedes palmípedes, mas sim pelo ato vil e sorrateiro de profanares o recôndido da minha habitação, levando meus ovíparos á sorrelfa e á socapa. Se fazes isso por necessidade, transijo; mas se é para zombares da minha elevada prosopopeia de cidadão digno e honrado, dar-te-ei com minha bengala fosfórica bem no alto da tua sinagoga e o farei com tal ímpeto que te reduzirei á quinquagésima potência que o vulgo denomina nada. E o ladrão confuso diz: Doutor, eu levo ou deixo os patos? (VILAÇA, 2015, s.p.)

Ademais, como o Direito é um ramo bastante diversificado em que seus operadores tendem a querer encaixar a forma erudita em coisas simples e florear muito nas expressões, abaixo foram trazidas algumas dessas expressões mencionadas por Andrade (s.d., s.p.) e seus significados. (i) **Alvazir de piso**: o juiz de primeira instância; (ii) **Aresto doméstico**: alguma jurisprudência do tribunal local; (iii) **Autarquia ancilar**: Instituto Nacional de Previdência Social (INSS); (iv) **Caderno indiciário**: inquérito policial; (v) **Cártula chéquica**: folha de cheque; (vi) **Consorte virago**: esposa; (vii) **Digesto obreiro**: Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); (viii) **Ergástulo público**: cadeia; (ix) **Exordial increpatória**: denúncia (peça inicial do processo criminal); (x) **Repositório adjetivo**: Código de Processo seja Civil ou Penal. No tocante a isso, o ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça,

[...] compara o “juridiquês” ao latim em missa, acobertando um mistério que amplia a distância entre a fé e o religioso; do mesmo modo, entre o cidadão e a lei. Ou seja, o uso da linguagem rebuscada, incompreensível para a maioria, seria também uma maneira de demonstração de poder e de manutenção do monopólio do conhecimento. (VIDIGAL, s.d., s.p. *apud* ANDRADE, s.d., s.p.).

Muito se engana quem acredita que usar o “Juridiquês” é uma maneira de demonstrar que sabe mais ou é melhor que os outros. Não é proveitoso falar difícil para ser bem visto e entendido, até porque não adianta nada falar de um jeito que seu interlocutor não entenda. Assim, veja-se mais um exemplo do uso do “Juridiquês” mencionado por Andrade (s.d., s.p.):

V. Ex^a, data máxima vênia não adentrou às entranhas meritórias doutrinárias e jurisprudenciais acopladas na inicial, que caracterizam, hialinamente, o dano sofrido.

Com espia no referido precedente, plenamente afinado, de modo consuetudinário, por entendimento turmário iterativo e remansoso, e com amplo supedâneo na Carta Política, que não preceitua garantia ao contencioso nem absoluta nem ilimitada, padecendo ao revés dos temperamentos constritores limados pela dicção do legislador infraconstitucional, resulta de meridiana clareza, tornando despicienda maior peroração, que o apelo a este Pretório se compadece do imperioso prequestionamento da matéria alojada na insurgência, tal entendido como expressamente abordada no Acórdão guerreado, sem o que estéril se mostrará a irresignação, inviabilizada ab ovo por carecer de pressuposto essencial ao desabrochar da operação cognitiva.

Fazendo uma simples tradução do que está posto nos parágrafos anteriores. Tem-se: (i) V. Ex^a. Não abordou devidamente a doutrina e a jurisprudência citadas na inicial, que caracterizam, claramente, o dano sofrido; (ii) Um recurso, para ser recebido pelos tribunais superiores, deve abordar matéria explicitamente tocada pela instância inferior ao julgar a causa. Se isto não ocorrer, será pura e simplesmente rejeitado, sem exame do mérito da questão. Outro ponto que merece destaque no “Juridiquês”, conforme Andrade (s.d., s.p.), é o uso desmedido do latim. Assim, cabem alguns esclarecimentos acerca do assunto. A língua portuguesa teve origem no latim, mas foi evoluindo até tornar-se o que é hoje, uma língua que não despreza suas raízes, mas que utiliza termos mais simples para desenvolver-se.

No entanto, é possível destacar expressões jurídicas latinas que foram incorporadas a língua portuguesa, tais quais: (i) *habeas corpus* – que é uma ação

judicial com o objetivo de proteger o direito de liberdade de locomoção lesado ou ameaçado por ato abusivo de autoridade; (ii) *habeas data* – que é uma ação que assegura o livre acesso de qualquer cidadão a informações a ele próprio relativas, constantes de registros, fichários ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; e (iii) *data vênia* – que remete a uma expressão com a qual se inicia uma argumentação, contrariando a opinião de outrem, com o devido respeito. A crítica quanto ao latim não diz respeito ao seu uso, mas sim aos casos em que se usa de maneira desmedida, sem observar o real significado das palavras ou expressões. De modo geral, o uso descomedido do latim funciona como elemento de distanciamento entre o operador do Direito e o homem comum o qual, muitas vezes, não é uma pessoa culta.

Enfim, de acordo com Andrade (s.p, s.d), o uso da linguagem técnica não é nem pode ser pressuposto para o emprego do juridiquês. A linguagem técnica jurídica, dessa forma, deve ser clara e objetiva. Basta, portanto, que se prime por empregar uma linguagem culta, num texto com parágrafos concisos e bem estruturados, nos quais a ideia principal esteja evidente. Ademais, sempre que for necessário, aquele que redige o texto pode recorrer ao aposto para explicar acerca do trata determinado termo ou expressão.

3 “JURIDIQUÊS” COMO BARREIRA AO ACESSO Á JUSTIÇA

Conforme Oliveira (s.d., s.p.), a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, assegura o direito de acesso à Justiça para todos e, dessa forma o institui como um dos pilares para assegurar cidadania plena. Através do amadurecimento da ideia de um Estado Democrático de Direito chega-se ao entendimento de que o direito de acesso à Justiça é algo abstrato, pois garante-se o direito de ingresso em juízo em caso de lesão ou ameaça a direito, porém, não se garante a efetividade e os mecanismos que viabilizarão este direito. Insta salientar que os princípios, tais como o da inafastabilidade da jurisdição, dignidade da pessoa humana, igualdade e do direito ao

devido processo legal funcionam como base para que o direito de acesso à Justiça possa ser concretizado. Assim, o direito de acesso à justiça passou e passa ainda hoje por transformações que o permitem contemplar as classes populares e menos instruídas.

A referida autora, trazendo um entendimento amplo, conceituou o direito de acesso à justiça como um sistema que garante uma interação de forma cidadã; é, ainda, o acesso a uma ordem jurídica justa, em que os conflitos são tratados e resolvidos de maneira isonômica, sendo certo que esse acesso jamais se concretizará isoladamente, sem que outros direitos se efetivem e lhe sirvam de alicerce (OLIVEIRA, s.d.). Nesta senda, ela afirmou que a concepção do que seja o acesso à Justiça ultrapassa o fato de o cidadão ter ou não ter sua lide nas gavetas do Judiciário. Como exemplo desse livre acesso, pode-se citar a gratuidade de justiça, que permite que litígios de alguns indivíduos desfavorecidos economicamente venham à apreciação do Judiciário (OLIVEIRA, s.d.).

No entanto, o fato é que nem todo cidadão brasileiro tem direito de acessar a Justiça, visto que por parte do próprio Judiciário há uma espécie de segregação quanto à linguagem utilizada. Logo, não tem direito de acesso à Justiça todos aqueles para os quais a linguagem jurídica é uma língua alienígena. É certo que o legislador demonstrou preocupação em dar ao direito de acesso à Justiça uma moldura constitucional; porém, não basta prescrever o direito, é imprescindível que se viabilize o direito a ter direitos, que nada mais é que desobstruir o caminho que leva à Justiça. Nessa linha, bastante pertinente foi o que disse a o juiz Rodrigo Collaço, “a linguagem jurídica afasta a população do Poder Judiciário” (s.d., s.p. *apud* OLIVEIRA, s.p, s.d), o que leva a considerá-la como um dos obstáculos ao acesso à justiça.

Como é cediço, a linguagem jurídica é produto de uma construção sociocultural, imprescindível à efetivação do acesso à Justiça e, em consonância com o que determinam os ditames constitucionais, deveria estar ao alcance de todos. Entretanto, via de regra, ela, por vezes é a primeira a se colocar como uma grande muralha entre o cidadão e o texto jurídico, seja ele escrito ou oral, tornando-se grande

responsável pelo desconhecimento do direito e, por consequência, óbice ao acesso à Justiça.

Por meio da leitura do artigo de Leda Verdiani Tfouni e Dionéia Motta Montserrat (2010, s.p. *apud* OLIVEIRA, s.d., s.p.), infere-se que, por tentar trazer ao texto jurídico clareza, precisão e abrangência, a linguagem jurídica acaba por homogeneizar os sentidos, deixando de lado a desigualdade nas formações sociais; e o discurso técnico, que segue à risca a norma padrão, elaborado em grande formalidade, acaba por marginalizar e excluir sujeitos com baixo grau de formação. Nas palavras de Heliana Maria Coutinho Hess (2004, p. 01 *apud* OLIVEIRA, s.d., s.p.), “o conceito de acesso à Justiça é universal”, figurando como resultado da análise dos conflitos surgidos em sociedades, nas quais se pretendeu amenizar a desigualdade socioeconômica, através da intervenção do Estado, promovendo o bem-estar social. A partir de uma conjugação entre fatores econômicos, sociais e culturais, Luciana Camponez Pereira Moralles assevera que:

[...] a barreira social de acesso à Justiça é percebida sobretudo nas camadas mais pobres da sociedade, que em nosso país é a grande maioria da população, pois normalmente o grau de pobreza está atrelado ao grau de pouca educação e informação das pessoas. (MORALLES, 2006, p. 75 *apud* OLIVEIRA, s.d., s.p.).

Logo, merece destaque aqui o que diz o ilustre Nelson Mandela (*apud* OLIVEIRA, s.p, s.d), que tratou com excelência a respeito da linguagem: “Se você falar com um homem numa linguagem que ele compreende, isso entra na cabeça dele. Se você falar com ele em sua própria linguagem, você atinge seu coração”. Dessas simples palavras, porém com grande profundidade, podemos extrair os princípios tais como o da clareza e da igualdade, que visam possibilitar àquele que não possui muita instrução, por exemplo, que possa ter assegurado seu direito pleno de acesso à Justiça.

No mesmo sentido vem Winston Churchill (*apud* ANDRADE, s.d., s.p.), brilhantemente aduzindo sobre a simplificação da linguagem: “Das palavras, as mais

simples: das mais simples, a menor”. Isso quer dizer que sempre se deve priorizar pelo uso de palavras que tragam maior clareza para o texto e, sempre que possível, pelas que são de menor tamanho. Essas dicas são importantes, pois elas determinam a escolha do vocabulário a ser utilizado no texto, que pode contribuir ou não para a compreensão. Infelizmente, o que encontramos hoje no discurso jurídico são palavras empoladas que enrolam, enrolam e não dizem nada. Neste sentido, são as lições apresentadas por Joseval Viana:

[...] exige-se do profissional do Direito competência lingüística e capacidade intelectual, pois ele deve dominar as técnicas da redação forense para veicular com propriedade sua mensagem jurídica. Muitas vezes, os juízes de direito indeferem as petições iniciais, porque elas não transmitem uma mensagem jurídica inteligível [...] (VIANA, 2006, s.p. *apud* MOREIRA, 2010, p. 143).

Elementos como a clareza, a objetividade e a concisão são imprescindíveis para uma boa comunicação, seja na fala ou na escrita e, tais elementos conduzem a uma construção adequada do que se pretende transmitir. Para Mário Ferreira dos Santos, a clareza na linguagem jurídica se mostra imprescindível:

[...] deve-se escrever com as palavras que usamos na linguagem comum. Por isso convém evitar-se os arcaísmos, expressões raras e obsoletas. Quando o discurso, a palestra ou o relato refiram-se a temas científicos e filosóficos deve ser empregada a terminologia em uso nessas ciências. A finalidade dessa regra é garantir a clareza que é uma das qualidades principais de um bom estilo (SANTOS, 1954 *apud* MOREIRA, s.d., p. 144).

O que se vê ainda nos textos jurídicos são parágrafos longos em que as ideias são redundantes e não são claras, ou seja, por vezes, os profissionais do Direito não conseguem passar o que querem e acabam repetindo o mesmo assunto em outros parágrafos. Não é raro isso acontecer. As pessoas se perdem totalmente em um emaranhado de informações.

Destarte, de acordo com Andrade (s.p, s.d), o emprego de uma linguagem complexa, rebuscada, tal qual é o “juridiquês”, mostra-se como uma barreira para a interpretação e entendimento dos textos jurídicos; é uma forma de afastar o cidadão da comunicação de seus direitos e de seus deveres. Este recurso torna o processo mais moroso e, por conseguinte, a justiça mais lenta. Decididamente, empregar “juridiquês” é estar na contra mão da celeridade. Por isso, existem campanhas no judiciário que propõem o fim do “juridiquês” e promovem a linguagem jurídica clara, correta e concisa.

4 A CAMPANHA JUDICIÁRIA PELA SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM HERMÉTICA

A linguagem jurídica deveria servir como uma ponte, ou seja, permitir que as pessoas e o Poder Judiciário se interligassem, contudo, devido ao seu caráter excessivamente rebuscado, podendo se tornar pedante e retórico, atua na verdade como uma barreira ao acesso das pessoas ao mesmo, desvirtuando-se de seu propósito. Neste sentido, Lilian Divina Leite diz que:

É notória a dificuldade que os leigos na área jurídica tem para compreender uma decisão judicial e até mesmo ter conhecimento de quais seriam os seus direitos garantidos por lei. Se um indivíduo não tem se quer o direito de entender o que está sendo resolvido sobre sua vida em uma sala de audiência, como poderemos afirmar que primamos pela dignidade da pessoa humana? Se o povo desconhece até mesmo seus direitos, como irão buscar a tutela jurisdicional? (LEITE, 2009, s.p.)

Após a encomenda de uma pesquisa ao IBOPE em 2003 que avaliasse a opinião popular acerca do Judiciário, obteve-se como resultado uma grande insatisfação popular, principalmente do público leigo, acerca da adoção da linguagem hermética no meio jurídico, justificando, assim, a criação de campanhas que apoiassem a simplificação da linguagem jurídica (DIVINA, 2009). Nesta senda, a Associação dos Magistrados Brasileiros criou em 2005, através da Comissão de

Efetividade da Justiça Brasileira, a Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica implementada, a princípio, na Faculdade de Direito Fundação Getúlio Vargas no dia do Advogado, dia 11 de Agosto. Posteriormente a mesma foi implementada nos Estados de São Paulo, Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais e no Distrito Federal (AMB, s.d.).

Esta campanha teve com público-alvo os estudantes de Direito, uma vez que a linguagem jurídica hermética começa a se tornar familiar quando do estudo do Direito e por isso é o melhor momento para se combater o excesso. O lema da Campanha é: “Ninguém valoriza o que não conhece”, já que o “juridiquês” faz com que a linguagem se torne incompreensível por grande parte da população, não sendo, portanto, nem conhecida nem valorizada, sendo este um dos maiores desafios para que o Poder Judiciário esteja ao alcance da população (AMB, s.d.). Sendo assim, o Presidente da AMB, à época, Rodrigo Collaço e Pasquale Cipro Neto deram palestras divulgando a campanha nos estados supracitados. O termo “juridiquês” é um neologismo que surgiu com essa campanha a fim de nomear a linguagem jurídica repleta desnecessariamente de termos demasiadamente rebuscados, termos técnicos, jargões jurídicos e expressões em latim.

Como forma de incentivo aos estudantes e forma de prestígio aos magistrados que estão associados a entidade em questão e que desenvolvam formas de simplificação da linguagem no seu cotidiano foram criados dois concursos. O primeiro premiava estudantes que desenvolvessem os melhores trabalhos relacionados ao tema da Campanha, tendo 72 inscrições, sendo os prêmios de R\$6 mil, R\$4 mil e R\$2 mil, para o primeiro, segundo e terceiro lugar, respectivamente além de certificados. O segundo premiava magistrados, tendo 18 inscrições das quais três foram premiadas com um notebook, caso fosse o primeiro lugar, um desktop, caso fosse o segundo, e um palm top, para o terceiro. Foi, também, publicado um livreto com termos simplificados e acessíveis da linguagem usada pelos operadores do Direito quando da confecção de documentos, sendo o mesmo intitulado: “O Judiciário ao alcance de todos: noções básicas de Juridiquês” (AMB, s.p.).

Nelson Calandra, Presidente da AMB em 2012, argumentou sobre a efetividade da campanha dispendo que: “Nossa campanha de 2005 deu ótimos frutos. A maioria dos juízes que não priorizava a clareza nas sentenças corrigiu alguns excessos. Até hoje, a cartilha que preparamos é procurada” (CALANDRA, 2012, s.p.). Por conseguinte, faz-se notar que a campanha alcançou a realização do objetivo almejado e serve de parâmetro para que os novos operadores do Direito optem por uma linguagem mais clara e acessível à população, não abandonando os termos necessários, mas evitando-se os excessivos (DIVINA, 2009).

5 DISPOSIÇÕES LEGAIS ACERCA DA LINGUAGEM JURÍDICA

Por ser um ramo das Ciências sociais, o Direito, como cediço, possui seus formalismos e expressões próprios. Contudo, o “juridiquês” atua como um obstáculo ao acesso das pessoas ao Judiciário por dificultar a compreensão e a interpretação de seus textos, acarretando em contrariedade ao Princípio da Isonomia, vez que apenas a menor parcela da população familiarizada com a linguagem jurídica poderá entender adequadamente a mesma linguagem, enquanto que a maior parte da população, principalmente o público leigo, não possui a mesma facilidade de compreensão. É sabido que alguns termos técnicos e expressões latinas são necessários à elaboração das peças e textos, contudo critica-se apenas o uso desnecessário, focando no “juridiquês” (DIVINA, 2009).

Pensando na questão linguística das normas jurídicas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 59, parágrafo único que a responsabilidade pela disposição acerca da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis fica a cargo de lei complementar (BRASIL, 1988). Por conseguinte, promulgou-se a Lei Complementar nº 95/1998 que trata do tema citado acima, e em seu art. 11 e respectivos incisos traz parâmetros que devem ser observados quando referentes à linguagem legal, *in verbis*:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
- f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;
- g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes;

III - para a obtenção de ordem lógica:

- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens. (BRASIL, 1998, s.p.)

No mundo jurídico a falha de comunicação entre emissor e destinatário acarreta grave prejuízo, uma vez que fere princípios constitucionais como da clareza de informações, acesso à justiça obstruindo o direito do cliente a ter maiores esclarecimentos sobre determinado processo, afastando-o do Judiciário. Neste sentido, Lucas Correia de Lima entende que:

Deste modo, acusações, em qualquer esfera jurídica, demandadas com base em linguagem indecifrável e de difícil entendimento, devem acarretar a inépcia da petição caso não haja a devida correção do teor de forma a facilitar a leitura. Isso porque exercer a defesa não é apenas conhecer as acusações que nos imputam, mas, sabendo da existência delas, compreender o que nos demandam. (LIMA, 2016, s.p.)

Isto é, o uso do “juridiquês” não afronta somente a Lei Maior, a Lei Complementar nº 95/1998, mas também o art. 8, item 2, alíneas “a” e “b” do Pacto de São José da Costa Rica que estabelece o direito do acusado a assistência gratuita a tradutor ou intérprete caso não compreenda ou não fale a língua do juízo, e ao estabelecer a questão da “não compreensão” abrange a situação fatídica resultante do prejuízo da utilização do “juridiquês”. Sendo assim, Lima ainda estabelece que: “Falar de maneira incompreensível pelo “juridiquês não é falar de forma técnica. Técnica é aprofundar sua instrução profissional. Falar juridiquês é negar à sociedade o direito de saber do que lhe é dado ter claro e preciso esclarecimento”.(LIMA, 2016, s.p.). O profissional do Direito que faz uso do “juridiquês” para mero embelezamento de seus textos contraria seu principal papel em relação a sociedade: o de atuar na luta pelos direitos e garantias individuais e coletivos, privando a população do direito de conhecimento e também compreensão do Judiciário e de seus instrumentos

CONCLUSÃO

A linguagem erudita é marca do Direito, entretanto a mesma deve ser a ponte que dá acesso à população ao Poder Judiciário e não uma barreira entre os mesmos. O Direito possui seus termos técnicos e expressões próprios inerentes a qualquer ramo, contudo a linguagem jurídica deve permear todos os setores da sociedade de maneira que um especialista jurídico, um professor e até mesmo um gari sejam capazes de compreender o que está sendo dito. O juridiquês, por ser um neologismo configurado quando do uso desmedido e desnecessário de formalismos jurídicos e expressões latinas, obsta a comunicação voltada para o mundo jurídico.

A linguagem hermética jurídica deve ser simplificada para que alcance seu objetivo como meio de comunicação, uma vez que a comunicação só será relevante quando o conteúdo transmitido é assimilado pelo interlocutor. A iniciativa de simplificação desta linguagem foi da AMB com a Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica implementada em 2005, mas que possui efeito ainda hoje. Insta salientar ainda que o acesso à justiça é direito fundamental instituído pela Carta Magna de 1988, assim como o direito a clareza das informações concretizadas solidariamente à aplicação de princípios constitucionais fundamentais como da isonomia, ampla defesa, contraditório e outros.

Por conseguinte, deve ser imperativa sua concreção assegurada por uma linguagem mais simples e democrática que permeie todas as camadas sociais tratando todos os indivíduos de forma igualitária. Na sociedade só será possível o exercício efetivo de cidadania quando o discurso jurídico for democratizado, pois numa sociedade em que o princípio da igualdade é fundamental, o Direito deve ser o primeiro a valer-se do mesmo não monopolizando mais seus discursos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. AMB lança campanha pela simplificação do “juridiquês”. **Conjur**, 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-ago-10/amb_lanca_campanha_simplificacao_juridiques>. Acesso em 26 nov. 2016.

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. **O Juridiquês e a Linguagem Jurídica: o certo e o errado no discurso**. Disponível em: <www.amatra17.org.br/arquivos/4a1d8f3c15d4d.doc>. Acesso em: 19 nov. 2016.

ASSOCIAÇÃO dos Magistrados do Brasil. **Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=campanha_juridiques>. Acesso em 26 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 nov. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 nov. 2016.

DIVINA, Lilian. **Simplificação da Linguagem Jurídica**. Disponível em: <<https://blogdaliliandivina.wordpress.com/tag/simplificacao-pela-linguagem-juridica-campanha-da-amb-juridiques-acesso-a-justica-lilian-divina-leite-youtube-reportagem/>>. Acesso em 26 nov. 2016.

LIMA, Lucas Correia de Lima. Por que insistimos em falar juridiquês? . **Mega Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.megajuridico.com/11252-2/>>. Acesso em 26 nov. 2016.

MOREIRA, Nedriane Scaratti, *et al.* **Linguagem Jurídica: Termos Técnicos e Juridiquês**. Disponível em: <<file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/193-3031-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2016.

OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. Linguagem jurídica e acesso à justiça. **Revista Pensar**. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a121.pdf>. Acesso em 19 nov. 2016.

SCHWIRKOWSKY, Vanessa. **Linguagem x Jurídiquês**. Jus Navegandi, 2014.
Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28441/linguagem-x-juridiques>>. Acesso em 19 nov. 2016.

VILAÇA, Vilmar de Caravinho. Linguagens Jurídicas e Jurídiquês. **Slideshare**, 2015.
Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/rafilos23/linguagem-jurdica-ejuridiquis>>. Acesso em 19 nov. 2016.

RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE: O INTERESSE PÚBLICO EM PROL DA SALVAGUARDA DO MEIO AMBIENTE

Rafael Guimarães Oliveira⁶
Tauã Lima Verdán Rangel⁷

Resumo: O escopo do presente resumo é demonstrar o conflito entre o estado e o homem, posto que o último tem exercido de forma arbitrária os direitos à propriedade, assegurados por lei, deixando de desempenhar as obrigações de preservação ambiental, o que tem causado danos irreparáveis, com isso, a solução encontrada para tentar reduzir esse problema foi a instauração de limites ao direito de propriedade. A Constituição Federal assim como o Código Civil brasileiro, reconhecem o direito de propriedade, no entanto não é esse direito, absoluto. A Carta Magna estabelece que os limites da liberdade e propriedade tem como fundamento o bem-estar coletivo, havendo prejuízo ao bem-estar social, poderá o Estado intervir com o argumento de supremacia do interesse público, punindo os infratores com sanções penais e administrativas. É de suma importância destacar que a preservação do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses essenciais das atividades econômicas. Atualmente, todo o território brasileiro tem passado por uma grande dificuldade de obtenção de água de qualidade para a demanda da sociedade. E para que se tenha esse recurso natural em boa quantidade e de boa qualidade, é necessária a manutenção das nascentes e da vegetação nativa e, para isso, foram estabelecidas normas aos proprietários. O dever de preservar o meio ambiente acarreta limitações ao direito de propriedade, a fim de compatibilizá-lo com o desenvolvimento sustentável, sobretudo em decorrência do princípio da

⁶ Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana; raphaelgo18@hotmail.com;

⁷ Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

corresponsabilidade sobre a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Propriedade Privada. Função Socioambiental. Interesse Público.

1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

O tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprimindo, via de consequência, as ações individuais. “Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”, como obtempera José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 711). Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. “O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias” (MEIRELLES, 2012, p. 661), compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da

proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Nº 672.579/RJ, firmou entendimento que “ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido” (BRASIL, 2012). Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. Meirelles (2012, p. 662) vai afirmar que “para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”, por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. “O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais” (BRASIL, 2011).

**2 MEIO AMBIENTE E DIREITO: A CONSTRUÇÃO E FORTALECIMENTO DO DIREITO
AMBINETAL BRASILEIRO**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém” (VERDAN, 2009, s.p.). Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza” (BRASIL, 2009). Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação” (VERDAN, 2009, s.p.). Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo

Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas” (BRITO, s.d., s.p.). Desta feita, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade (MOTTA; DOUGLAS, 2004) . Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º, inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o

escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (BRASIL, 2011).

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2007, p. 569). Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

3 MEIO(S) AMBIENTE(S)? COMENTÁRIOS À EXTENSÃO DA LOCUÇÃO

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N°. 6.938, de 31 de agosto de

1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2009, p. 20).

Nesta senda, ainda, Fiorillo (2012, p. 77), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal (BRASIL, 2012).

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às

normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116). É observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição de 1988 está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que

refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade (BRASIL, 2011).

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

4 MEIO AMBIENTE NATURAL: TESSITURAS CONCEITUAIS SOBRE O TEMA

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de

um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora” (BRASIL, 2000). Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo (2012, p. 78). Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo (1998, p. 19), o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais,

notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (BRASIL, 1988).

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso” (BRASIL, 2005). Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

5 RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE: O INTERESSE PÚBLICO EM PROL DA SALVAGUARDA DO MEIO AMBIENTE

É possível evidenciar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 condicionou a propriedade ao atendimento de sua função social, de maneira que, uma vez ausente a função social ambiental, o proprietário se vê obstado do pleno exercício de sua propriedade. Clara é a dicção do artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Carta de Outubro, ao consagrar, de maneira expressa, que o direito de propriedade é garantido aos titulares que comprovarem o atendimento de sua função social. Ao lado disso, é possível verificar que, dentre os baldrames que norteiam as atividades econômicas, encontra-se, novamente, prevista a função social da propriedade, consoante se extrai do conteúdo do inciso III do artigo 170 da Constituição Cidadã.

No tocante à propriedade rural, é observável que a função social da propriedade restará materializada quando houver a confluência, concomitantemente, dos seguintes fatores, quais sejam: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (iii) observação das disposições que regulam as relações de trabalho; e, (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. De acordo com Thomé (2012, p. 86), “dentre dessas normas evidente que o exercício do direito de propriedade está condicionado à preservação do meio ambiente em prol da coletividade”, com o escopo de atender os feixes axiomáticos informadores alocados no artigo 225 da Constituição de 1988, notadamente assegurando a concreção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento jurisprudencial:

Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Desapropriação. Existência concomitante de ação que discute a produtividade do

imóvel. Suspensão da imissão de posse e da ação originária até o deslinde da questão. 1. O artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal assegura o direito de propriedade, devendo esta, contudo, atender à sua função social. O artigo 186 disciplina os requisitos que devem ser observados para que se cumpra a função social da propriedade, a saber: o aproveitamento racional e adequado; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e a exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores. [...] 4. Agravo de instrumento a que se dá provimento. Prejudicado o pedido de reconsideração formulado pelo INCRA. (Tribunal Regional Federal da Terceira Região – Quinta Turma/ Agravo de Instrumento Nº 0027775-53.2009.4.03.0000/ Relator: Desembargador Federal Luiz Stefanini/ Julgado em 08.10.2012/ Publicado no DJe em 17.10.2012).

Ementa: Processual Civil. Procedimento Administrativo. Função Social. Requisitos do art. 186 da Constituição Federal. Apreciação Simultânea. Procedimento Administrativo. Ministério Público Estadual. Verificação função social no aspecto ambiental. Impossibilidade. Esfera de atuação federal. Órgão competente. INCRA. I - O artigo 186 da Constituição da República estabelece que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, de forma simultânea, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais e disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho e d) exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e trabalhadores. [...] VIII - Agravo de instrumento a que se nega provimento. IX - Prejudicado o agravo regimental. (Tribunal Regional Federal da Terceira Região - Segunda Turma/ Agravo de Instrumento Nº 0091215-62.2005.4.03.0000/ Relator: Juiz Convocado Paulo Sarno/ Julgado em 04.09.2007/ Publicado no DJe em 21.09.2007).

Ora, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, insta salientar que o direito de propriedade perdeu o aspecto absoluto, ilimitado e intangível, caracterizados pela concepção individualista contida na Lei Substantiva Civil então vigente, sendo revestido, por conseguinte, de uma moldura social como fator de progresso e promoção de bem-estar de todos. Quando se diz que a propriedade privada tem uma função social, na verdade está se

afirmando que ao proprietário se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade, não mais unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, sendo, precisamente, o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular. Nesses termos, ao estabelecer no artigo 186, inciso II, da Constituição Federal, que a propriedade rural cumpre a sua função social quando ela atende, entre outros requisitos, a preservação no meio-ambiente, implicitamente o Constituinte consagrou a função socioambiental da propriedade como corolário do exercício da propriedade.

A admissão do princípio da função socioambiental da propriedade tem como consequência básica fazer com que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente, configurando um aspecto positivo, não bastando tão somente que não seja exercida em prejuízo de terceiros ou da qualidade ambiental, aspecto negativo. Em outros termos, é possível realçar, com cores quentes, que a função socioambiental não constitui um mero limite ao exercício do direito de propriedade, tal como aquela restrição tradicional, por meio da qual se concede ao proprietário, no exercício de seu direito, fazer tudo o que não acarrete prejuízos à coletividade e ao meio ambiente. Distintamente, a função socioambiental se estende e autoriza até que se estabeleça em relação ao proprietário comportamentos positivos no exercício de seu direito, com o escopo de promover a adequação da propriedade à preservação do meio ambiente.

Com efeito, “inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (BRASIL, 2011), tarefa essa que, no regime jurídico propiciado pela nova ordem constitucional, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse. “É o princípio da função socioambiental da propriedade que fundamenta a imposição ao proprietário rural do dever de manutenção, preservação, recuperação e recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente (APP) e reserva legal” (THOMÉ, 2012, p. 87).

Sobreleva anotar que tal obrigação de manutenção da área destinada à reserva legal materializa verdadeira obrigação *propter rem*, ou seja, dever que está indissociavelmente atrelado ao titular do direito real. Nesta esteira de raciocínio, é possível colacionar o entendimento do Ministro Franciulli Netto, ao relatoriar o Recurso Especial Nº 217.858, em especial quando evidencia que:

A proteção ao meio ambiente, em contraposição ao clássico direito de propriedade, reveste-se de sensíveis peculiaridades, diante da evidente necessidade de garantia da sobrevivência de um meio ambiente saudável nos dias atuais. Com efeito, desde o início do século passado, o Estado Brasileiro vem se preocupando em editar normas que promovam o equilíbrio ambiental, razão pela qual a proteção das florestas já estava positivada desde 1934, com o Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro desse ano. O artigo 16 do "Novo Código Florestal", Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, dispõe que deve ser excluída da exploração econômica da chamada reserva legal, constituída por 20% de todas "*as florestas de domínio privado*". Ora, como está explícito na legislação acima mencionada, a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não pode ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. [...] É de elementar inferência, dessarte, que a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Mais a mais, a doutrina tem entendido, à luz do dispositivo suso referido, que a manutenção da área destinada à reserva legal é obrigação *propter rem*, ou seja, decorre da relação existente entre o devedor e a coisa, de modo que o ônus de conservação do imóvel é automaticamente transferido do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Eventual prejuízo deverá ser discutido, por meio de ação própria entre o adquirente e o alienante que efetivamente provocou o dano.

O direito de propriedade, na atual sistemática inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não é analisado como algo individual, intocável e inatingível; ao reverso, adota-se um prisma difuso, um instrumento apto a promover a concreção da função socioambiental a que se

destina a propriedade. Por outras palavras, a função social e ambiental não constitui um simples limite ao exercício do direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo o que não prejudique a coletividade e o meio-ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício do seu direito, para que a sua propriedade concretamente se condicione à preservação do meio ambiente.

6 CONCLUSÃO

A geração atual possui uma grande responsabilidade pelo uso inadequado dos recursos naturais, tendo em vista, que esses recursos são finitos e em obediência ao princípio da responsabilidade intergeracional que determina que se busque sempre o desenvolvimento sustentável. Esse princípio preocupa-se não somente com a geração contemporânea, mas também com as gerações vindouras, determinando, portanto, a incidência de uma solidariedade entre as presentes e futuras gerações na obrigação de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É de suma importância destacar que a preservação do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses essenciais das atividades econômicas. Quando essas atividades estiverem presente, devem ser subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente.

Atualmente, todo o território brasileiro tem passado por uma grande dificuldade de obtenção principalmente de água de qualidade para a demanda da sociedade. E para que se tenha esse recurso natural em boa quantidade e principalmente de boa qualidade, é necessária a manutenção das nascentes e da vegetação nativa e, para isso, foram estabelecidas normas aos proprietários rurais. O dever conjunto de preservar o meio ambiente acarreta limitações ao direito de propriedade, a fim de compatibilizá-lo com o desenvolvimento sustentável, sobretudo

em decorrência do princípio da corresponsabilidade sobre a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, advindo do preceito contido no artigo 225 da Constituição Federal. Um exemplo de aplicação prática da função social e ambiental da propriedade diz respeito à manutenção das áreas de preservação permanente, cobertas ou não por vegetação nativa.

Diante do que foi exposto, conclui-se que a função socioambiental da propriedade está no cerne dos direitos fundamentais do homem dentro do Estado Democrático de Direito, uma vez que para que seja reconhecido o direito de propriedade e a esta seja dada a proteção legal que merece, a propriedade deve atender, concomitantemente aos interesses particulares, aos interesses coletivos: deve produzir bens que satisfaçam as necessidades sociais, atendendo pois, à ordem social econômica e seus recursos devem ser utilizados de maneira racional, devendo, portanto, garantir a preservação do meio ambiente e a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Nesta linha de exposição, o direito de propriedade deve ser exercido em prol dos interesses individuais do proprietário e em benefício das demandas e interesses sociais. Ademais, deve ser exercido de maneira sustentável, uma vez que deve viabilizar uma relação harmoniosa do homem para com o espaço que ocupa, de forma a dirimir os conflitos, convergir interesses e mitigar impactos socioambientais sob pena de sanções tanto da pessoa física ou jurídica. Entende-se, portanto, que o direito de propriedade, seja esta propriedade pública ou particular, rural ou urbana, assumiu um papel funcional e que a propriedade se socializou, para atingir o fim último do Estado que é promoção do bem-estar social.

REFERÊNCIA:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso

em 28 fev. 2017.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 fev. 2017.

_____. **Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988.** Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 fev. 2017.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 fev. 2017.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 28 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 fev. 2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 28 fev. 2017.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 28 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro,** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 28 fev. 2017.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência**

e **1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 28 fev. 2017.

DA DELIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA: DA RESERVA PATRIMONIAL À FUNÇÃO SOCIAL

Ruth Roeles Campos⁸
Tauã Lima Verdán Rangel⁹

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o direito fundamental de propriedade assegurada ao cidadão, constitucional e civilmente. Demonstrando suas questões legais e controvertidas, tendo por base as garantias estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, ainda, ao princípio da função social da propriedade, apresentando assim, possíveis conflitos entre o interesse público e o interesse privado sobre a utilização de tal propriedade, por meio de uma revisão bibliográfica. Destacando concepções atuais concernentes ao tópico em comento.

Palavras-chave: Propriedade Privada. Direitos Fundamentais. Função Social.

1 INTRODUÇÃO

O direito à propriedade privada tem sido objeto de estudo de vários historiadores, sociólogos, economistas, políticos e juristas. O objetivo primordial das investigações sobre o tema era procurar fixar-lhe o conceito, determinar-lhe a

⁸ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana; ruthroeles@gmail.com;

⁹ Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

origem, caracterizar os elementos, acompanhar-lhe a evolução, justifica-la ou combatê-la.

Diversas teorias apresentadas pelas doutrinas buscam explicar a propriedade privada que é a razão pela qual leva um indivíduo a tornar-se dono de uma coisa ou a base jurídica do exercício do direito em análise, a teoria da primeira ocupação, a qual entendia que o homem exerce domínio sobre os bens ainda considerados sem dono, estabelecida por Grócio, a teoria do trabalho apresentada por Locke, estabelece que o domínio da coisa se daria no momento em que o trabalho humano, transformasse a matéria-prima e não por somente ocupação, a teoria da natureza humana, declara que a propriedade é dada divina, a teoria positivista defendida por Montesquieu, o direito à propriedade privada passou a ser regido e regulamentado pelo legislador, atendendo ao que seja considerado bem comum, enfim, a teoria da função social, defendida por Josserand, conceitua do direito à propriedade privada no sentido de que o bem não é um direito, mas uma prática voltada a atender o interesse público e coletivos.

O início da tentativa de instituir o conceito de propriedade do ordenamento jurídico foi influenciado pelo Direito Romano, em que o domínio sobre a propriedade era individual, pois, esse bem era uma dádiva oferecida pelos deuses protetores do proprietário. O direito à propriedade privada é o mais amplo dos direitos reais, pelo fato de fornecer ao proprietário maior autonomia em suas ações sobre o bem, podendo exercer sobre a propriedade qualquer atividade da forma como bem entender, e que a definição desse direito é bem complexa.

A estrutura do direito de propriedade é formada por um aspecto econômico e por um aspecto jurídico. O aspecto econômico identifica-se com: faculdade de usar, fruir e dispor, revelando a potencialidade de utilização econômica do bem. Já o aspecto jurídico traduz a possibilidade de utilizar-se das vias judiciais para repelir a ingerência alheia, para reaver a propriedade com a ação reivindicatória e protegê-la por meio das ações postas à disposição do proprietário. Assim dispõe, com efeito, o caput do artigo acima transcrito.

A Carta Magna de 1988 marcou a história constitucional brasileira no âmbito dos direitos humanos. Inicialmente estabeleceu um abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de prever várias garantias constitucionais. Desta feita, é possível reconhecer que os direitos humanos formam um conjunto de direitos apontados como indispensável para a manutenção da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, e dentre eles está elencado o direito à propriedade privada.

A propriedade privada é considerada um direito fundamental por assim ser estabelecido constitucionalmente. No entanto, esse direito está condicionado ao atingimento da sua função social, de tal requisito uma vez cumprido, serve de garantia ao direito de propriedade. A aquisição de uma propriedade privada urbana tem por objetivo principal, realizar a promoção do acesso à moradia. As normas regulamentadoras do exercício da função social é Estatuto da Cidade que organização do solo urbano e função social da propriedade urbana, prevendo seu conteúdo e elencando as sanções impostas ao seu descumprimento.

2 POSSE E PROPRIEDADE EM PAUTA: DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

É difícil precisar o momento histórico exato em que surgiu o instituto da propriedade, pois essa é uma das instituições mais antigas. O que se conhece é que na Antiguidade, as normas regulamentadoras eram completamente diferentes das atuais. Tal fato se dava em razão do entendimento de que propriedade privada estaria relacionado à própria religião, à primeira ocupação ou ainda à natureza humana e atualmente esse direito é estabelecido e regulamentado mediante lei. Segundo Castilho (2017, s.p.), com a evolução histórica da sociedade humana, surgiram certos grupos étnicos que já tratavam do direito de propriedade, porém não com a visão da sociedade contemporânea.

Rios (2014, s.p.) apresenta várias teorias que buscam explicar a origem do direito à propriedade privada e as razões que levam um indivíduo a dominar um bem

ou a base jurídica do exercício desse direito. A primeira a ser tratada é teoria da primeira ocupação, indicado por Grócio, jurista e teólogo holandês considerado emblemático em uma época de transição entre a Idade Média e o Modernismo. Segundo a teoria supramencionada, o homem estendeu seu domínio mediante da ocupação primitiva dos bens ainda considerados sem dono. Com isso, contraíam o direito sobre a coisa, comunicável ao longo do tempo. Para a aquisição do domínio basta a mera ocupação.

A teoria da natureza humana traz o entendimento de que a propriedade é característica da natureza humana, essencial para a estruturação do núcleo familiar, fundamental para a existência humana e condiciona a essência e pressuposto de liberdade. Rios (2017, s.p.) afirma que essa teoria declara a propriedade como uma dádiva divina, sendo predominantemente praticada na cultura romano-germânico. No direito romano tinha-se uma ideia de propriedade ligada à religião, onde cada um dos imóveis de propriedade privada de cada família, estaria sob os cuidados da divindade ancestral.

Na obra “A cidade antiga”, Coulanges demonstra as concepções que se tinha sobre o direito de propriedade privada pelos povos da antiguidade, estritamente dos gregos e romanos, estava extremamente interligada com a religião. A religião ditava as regras a serem seguidas pelos membros da família, e em relação à propriedade privada, essa era uma dádiva oferecida pelos deuses, que protegiam o lar.

Há três coisas que desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que mostram manifesta relação entre si em sua origem e que parece terem sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família se não por ela, e não protegiam se não a ela; eram sua propriedade exclusivas. (COULANGES, 2006, p.88)

Conforme o exposto pela obra de Coulanges, a propriedade privada era um bem tão sagrado que a família não poderia ao menos renunciar à sua posse, pois esta era considerada inalienável e imprescritível. “Tomemos, em primeiro lugar, o lar; esse altar é o símbolo da vida sedentária. Deve ser colocado sobre a terra, e, uma vez construído, não o deve mudar mais de lugar” (COULANGES, 2006, p.88). Esse entendimento era levando em consideração, pelo fato de crerem que o deus selador da família, desejava fixar uma moradia, ele estaria guardando o lar construído pelos antepassados dessa família.

Nessa época, os proprietários não se preocupavam em aferir lucro com seus bens, o interesse pessoal sobre eles era de proteger uma dádiva deixada pelos deuses à família. Em complemento, Costa (1984, p.06 *apud*, MARTINS, 2007, s.p.) estabelece que os grupos familiares davam importância a bens como a terra, os alimentos, a caça e a pesca, sendo esses de interesse fundamental, indispensável para a subsistência. O controle da propriedade, por conseguinte, situava-se no nível do grupo social. Nas sociedades primitivas, a propriedade privada como fonte de poder, tinha pouca importância. A distribuição da riqueza fazia de modo quantitativo dentro da família e do clã.

Como era materialmente impossível mover sobre a terra uma edificação, a família assim não poderia residir em outro imóvel, a menos que fosse expulso por um inimigo ou se a terra não produzisse o suficiente para a sua subsistência, não havendo tais necessidades de abandonar o lar, essa morada seria protegida enquanto durasse a família, enquanto restasse um indivíduo, o lar tomaria posse da terra e essa seria sua propriedade. “ Quando se constrói o lar, é com o pensamento e a esperança de que continue sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem por espaço de uma vida humana, mas por todo o tempo que dure essa família” (COULANGES, 2006, p.89).

O povo de tal período histórico cumpria rigorosamente as regras religiosas de proteção à propriedade privada. Para tanto, o altar era isolado e separado de tudo o que não o pertencia era “necessário que ao redor do altar, a certa distância, houvesse

uma cerca seja como for, ela marca a divisa que separa o domínio de um lar. Esse recinto é considerado sagrado. Ultrapassa-lo é ato de impiedade” (COULANGES, 2006, p.90). Não podendo uma parede ser comum para duas casas. “Em Roma, a lei fixa em dois pés e meio de largura do espaço que deve sempre separar duas casas, e esse espaço é consagrado ao deus da divisa” (COULANGES, 2006, p. 91).

Segundo Martins (2007 s.p.), o ser humano tem a necessidade de possuir bens, de dominar, que o próprio instinto de sobrevivência leva o ser humano a apropriar-se de bens. Com isso, a teoria da natureza humana estabelecia que a propriedade só existe porque, sem ela, o homem não poderia sobreviver. Tal fato decorre da premissa que a natureza humana exige a apropriação de alguns bens, para a sua satisfação física e moral, tanto para a produção de alimentos como para sentir-se moralmente dominante.

Com a criação da Lei das Doze Tábulas, Roma estabeleceu um nível de igualdade civil, tendo uma grande evolução aos direitos adquiridos à população romana. “A lei das Dozes Tábulas (...) liberou o campo. Permitiu-se depois a divisão da propriedade, caso houvesse muitos irmãos, mas com a condição de se realizar nova cerimônia religiosa: somente a religião podia dividir o que a religião havia outrora proclamado indivisível” (COULANGES, 2006, p. 103).

Rios (2014, s.p) apresenta em sua obra, outra teoria a ser considerada, é a teoria do trabalho, adotada por Locke, esta se baseava no entendimento de que, o domínio da coisa se daria no momento em que o trabalho humano, transformasse a matéria-prima e não por somente ocupação. O filósofo John Locke traz mediante o segundo tratado sobre o governo civil que “Deus deu o mundo a Adão, a Noé e a seus filhos, fica muito claro que Deus, como diz o Rei Davi, Salmo 115,16, “Deu a terra aos filhos dos homens”, a toda a humanidade” (LOCKE, 2006, p.42). Com essa passagem, Locke defendia a ideia de que Deus havia tutelado o direito à propriedade privada a toda a humanidade e não a um grupo de pessoas ou família.

Locke (2006) entendia o direito à propriedade privada como um bem oferecido por Deus. Entrementes, de forma própria, sendo um direito particular de

cada ser humano que impuser sobre algum bem, formas de trabalho para modifica-lo, esse se tornará propriedade do indivíduo que o modificou. Neste sentido, é importuno transcrever o magistério:

Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre este ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. (LOCKE, 2006, p.42)

Martins (2007, s.p.), em seus apontamentos, apresenta críticas em relação ao conceito de propriedade privada trazido por essa teoria, tendo em vista que, para trabalhar em uma coisa com o intuito de transforma-la em bem particular, há a necessidade de ter antes, a matéria bruta necessária a essa transformação. Se essa matéria fosse ilimitada, não haveria problema, pois todos poderiam se apropriar dela para realizar o trabalho, no entanto, tal matéria é limitada, impossibilitando a condição de proprietário para alguns. Em relação ao valor econômico do bem, esse se daria pelo somatório do valor da matéria bruta e o valor do trabalho, com isso entende-se que o produto final não resultou apenas do trabalho, logo, não é o trabalho a única justificativa dessa propriedade.

Como forma de justificar seu entendimento John Locke (2006) exemplifica o direito à propriedade como um caçador que se apropria de um bem encontrado na natureza, tornando sua concepção de propriedade privada ainda mais forte, assegurando que será proprietário aquele que aplicar mão de obra para modificar do estado natural do bem. Retratando que a forma de obtenção da propriedade privada de um bem é derivada da força de trabalho.

A lebre que alguém está caçando pertence àquele que a persegue durante a caça. Pois tratando-se de um animal considerado sempre um bem comum, não pertencendo individualmente a ninguém, quem

consagrou tanto trabalho para encontrá-lo ou persegui-lo e assim o removendo do estado de natureza em que ele era um bem comum, criou sobre ele um direito de propriedade. (LOCKE, 2006, p.43)

Apesar de toda a terra ter sido oferecida a humanidade, não é correto apropriar-se e um pedaço da superfície terrestre e afasta-la do bem comum, foi condicionado ao ser humano o exercício de obrigações para que possa ser exercido o direito divino de proprietário, “quando Deus deu o mundo em comum a toda a humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse, que o melhorasse para beneficiar sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho” (LOCKE, 2006, p.43).

O filósofo expõe, ainda, que ninguém deverá sentir-se lesado, pelo fato de alguém separar um terreno do bem comum e sobre ela aplicar formas de trabalho que futuramente o proporcionarão rendimentos necessários para o seu sustento. Se esse ser humano apropriar-se de um terreno, mas, não diminuir o terreno de outro e ainda deixar terra o suficiente para outros proprietários, não haverá o que se falar em injustiça. “Ninguém pode se sentir lesado por outra pessoa beber, ainda que em uma quantidade exagerada, se lhe é deixado todo um rio da mesma água para matar sua sede. O que vale para a água, vale da mesma forma para a terra, se há quantidade suficiente de ambas” (LOCKE, 2006, p.44).

O autor frisa inúmeras vezes em relação à importância da utilização da propriedade para sustento próprio do proprietário, não podendo este, adquirir terras para acúmulo de riquezas, mas sim como necessidade para a sua sobrevivência, estabelecendo assim, punições para os donos que colhessem produtos além do vital, como forma de demonstrar o real sentido de propriedade.

Mas se esses bens viessem a perecer em sua propriedade sem o devido uso; se os frutos apodrecessem ou a caça ficasse putrefata antes de poder ser consumida, ele infringia a lei comum da natureza e era passível de punição: ele estaria invadindo a terra de seu vizinho, pois seu direito cessava com a necessidade de utilizar estes

bens e a possibilidade de deles retirar os bens para sua vida. (LOCKE, 2006, p.45)

Diferente de Locke, Costa (2003, s.p. *apud*, Martins, 2007, s.p.) acredita que a utilização da propriedade privada tem como finalidade a obtenção de lucro, justificando seu posicionamento no fato de que o salário é a recompensa pelo serviço prestado, e não o valor do bem produzido,

A utilização da propriedade privada foi sendo moldada com o decorrer do tempo, consoante o exposto pelo filósofo Locke, para que o proprietário não recebesse punição pelo excesso de suprimentos cultivados em sua terra, esse passou a trocar produtos entre os proprietários, começando assim a valorizar a propriedade mais produtiva, as mercadorias distribuídas, começando a gerar uma ideia de lucro na produção dos alimentos, valorizando cada vez mais a força de trabalho aplicada no pedaço de terra.

Se ele distribuísse a outras pessoas uma parte desses frutos, para que não pudessem inutilmente em suas mãos, esta parte ele também estaria utilizando; e se ele também trocasse ameixas que iriam perecer em uma semana, por nozes que durariam um ano para serem comidas, não estaria lesando ninguém; ele não estaria desperdiçando a reserva comum nem destruindo parte dos bens que pertenciam aos outros enquanto nada se estragasse inutilmente em suas mãos [...] podia guardar com ele a quantidade que quisesse desses bens duráveis, pois o excesso dos limites de sua justa propriedade não estava na dimensão de suas posses, mas na destruição inútil de qualquer coisa entre elas. (LOCKE, 2006, p.48)

Rios (2014, s.p.) apresenta a teoria positivista, definida por Montesquieu, foi delegada à lei o fundamento de existência da propriedade, ou seja, o direito à propriedade privada é originário da lei e regido e regulamentado pelo legislador, atendendo ao que seja considerado bem comum. A concepção do direito de propriedade privada, passou por várias alterações ao longo dos anos, até alcançar o entendimento de direito fundamental estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e regulamentado pelo Código Civil Brasileiro. O Código

Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 1.228, caput e § 1º, enumera direitos ao proprietário, no entanto esses poderes não são absolutos, devendo ser obedecidas algumas obrigações estipuladas em lei.

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

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

O direito de propriedade privada direcionado ao sentido econômico, aponta a ideia de domínio sobre um bem, quando esse proporciona ao proprietário ganhos futuros, quando a propriedade privada oferece ao dono condições de produtividade e possibilidades de lucro. Pontes de Miranda apresenta que o direito à propriedade privada é o domínio ou qualquer direito patrimonial exercido sobre um bem. Tal conceito desborda o direito das coisas. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas. Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só do domínio. (MIRANDA, 1958 *apud*, MELLO, 2017, p. 134)

A legislação civil apresenta elementos essenciais para o reconhecimento de um direito à propriedade privada, utilizando-se de verbos para defini-lo, e sem o exercício desses elementos o direito fundamental não é reconhecido. Baseado no estabelecido pelo artigo do Código civil, Gonçalves (2012) considera apenas como elementos essenciais, os enunciados no art.1.228, podendo assim definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Por fim, Rios (2014, s.p.) expõe sobre a teoria da função social, defendida por Josserand, Duguit, Proudhon e outros, conceitua do direito à propriedade privada no sentido de que o bem não é um direito, mas uma prática voltada a atender o interesse público e coletivos. Consoante o entendimento da doutrinadora Maria Helena Diniz o conceito a propriedade é “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha” (DINIZ, 2007, p. 114).

Para Flávio Tartuce “pode-se definir a propriedade como o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a função social, em prol de toda a coletividade” (TARTUCE, 2017, s.p.). Em um sentido amplo ao conceito, Álvaro Villaça Azevedo afirma que “a propriedade é, assim, o estado da coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição. O direito de propriedade é a sujeição do bem à vontade do proprietário, seu titular” (AZEVEDO, 2014 p. 38-39).

Flavio Tartuce enfatiza os verbos enumerados pelo artigo 1.228, caput do código civil, usar, gozar, dispor e reivindicar, que definem o direito de propriedade, e explicada a aplicação de cada um desses elementos como essenciais para o reconhecimento do direito fundamental, entendo assim, que na falta de qualquer desses requisitos, não há o que se falar em direito à propriedade:

O primeiro atributo é derivado do verbo gozar ou fruir a coisa, consubstanciada na possibilidade de retirar os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis [...]. A segunda faculdade é a de usar a coisa, de acordo com as normas que regem o ordenamento jurídico [...]. Obviamente, essa possibilidade de uso encontra limites em lei, caso da Constituição Federal, do Código Civil e em leis específicas, como o Estatuto da Cidade. Como terceira faculdade, há a viabilidade de disposição da coisa, seja por atos inter vivos ou mortis causa. Entre os primeiros, podem ser citados os contratos de compra e venda e doação; entre os últimos, o testamento. Por fim, o art. 1.228, caput, do CC/2002 faz referência ao direito de reivindicar a

coisa contra quem injustamente a possua ou detenha, visando retoma-la, quando terceira pessoa, de forma injustificada, a tenha, dizendo-se dono. (TARTUCE, 2017, p. 80)

Mello (2017, p. 143) denomina esses elementos de faculdade, e na observância desses ele denomina a propriedade de duas formas, propriedade plena e limitada “o proprietário terá a propriedade plena no momento em que tiver todas as faculdades e o direito de reaver a coisa em seu; na falta de um destes elementos, a propriedade é denominada de limitada”. Observando o cumprimento desses elementos característicos do direito de propriedade privada, Tartuce (2017, s.p.) classifica a propriedade em restrita ou limitada, quando no exercício do domínio sobre o bem o proprietário não possui um dos tributos estipulados por lei, quando recai sobre a propriedade algum ônus, sendo assim na falta de um dos verbos elementares o direito à propriedade privada é limitado. Alguns dos atributos da propriedade passam a ser de outrem, constituindo-se em direito real sobre coisa alheia. A propriedade plena ou alodial, se dá quando o proprietário apresenta todos os atributos legalmente exigidos, onde o proprietário alcança os atributos de gozar, usar, reaver e dispor da coisa. Todos esses caracteres estão em suas mãos de forma unitária, sem que terceiros tenham qualquer direito sobre a coisa.

Além desses critérios apresentados, a doutrina estabelece outros a serem observados para que seja feita a adequada classificação do direito de propriedade privada. Inicialmente o doutrinador classifica a propriedade quanto ao bem que se tenha domínio, podem assim a propriedade ser "corpórea quando são os bens dotados de existência física, providos de materialidade, de corpo e que, por isso, ocupam espaço, enquanto os incorpóreos são alguns direitos que existem apenas enquanto conceitos" (COSTA, 2012, s.p.).

Em seguida, o doutrinador subdivide a propriedade corpórea de acordo com a natureza do objeto em propriedade imobiliária, em que são tratados os bens imóveis. Segundo Ribeiro (2017, s.p.), por sua natureza, por sua natureza a propriedade corpórea compreende o solo com sua superfície, os seus acessórios e adjacências

naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo e propriedade em mobiliária. Esta última alcança os bens móveis que, por natureza, são as coisas corpóreas que podem ser removidas sem danos, por força própria ou alheia, com exceção das que acedem aos imóveis, logo, os materiais de construção, enquanto não forem nela empregados, são bens móveis.

3 DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Apesar de não ter força normativa, o conteúdo do prefácio¹⁰ exposto pela Carta Magna introduz aos princípios que dominam o Texto Constitucional, como os princípios fundamentais tratados no artigo 1º.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL,1988)

É de competência do Estado assegurar que esses princípios não sejam feridos, tendo em vista o objetivo de resguardada a melhor forma de vivencia entre os membros da sociedade brasileira, com isso é de grande relevância que se atenda o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, segundo o conceito apresentado por Marcelo Alexandrino, esse princípio representa a ideia de que o todo o exercício do poder público tem como fundamento central o bem estar do ser humano.

¹⁰ O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil exibe um texto inicial que apresenta os valores que norteiam a aplicação das normas constitucionais.

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (ALEXANDRINO, 2017, p.90)

Segundo Bulygin (1991), o grande marco inicial para a constituição de uma legislação que assegurasse a dignidade da pessoa humana foi o terror global instalado pelas Guerras Mundiais, nesse momento de ataques desumanos e repeditos episódios de violência e tortura, tornou-se necessária discussões sobre a instauração de normas protetivas a vida humana, ditando assim, garantias essenciais que tutelassem o mínimo necessário para uma vivencia honrada de um ser humano. Neste sentido, transcreve-se o escólio:

No transcurso do século XIX a fundamentação jus naturalista perdeu sua força em razão do positivismo jurídico ter se convertido na concepção jus filosófica dominante. Nesse momento, os direitos humanos são recebidos pelos países sob a forma de direitos e garantias constitucionais. Contudo, as duas Grandes Guerras Mundiais vieram espalhando o horror e o caos; institucionalizaram a morte, a fome, o preconceito e a dor, marcando para sempre o século XX com a separação dos direitos fundamentais e a desconfiança de todos sobre as leis que não conseguiram evitar os massacres. O mundo sentiu uma necessidade urgente de proporcionar aos direitos humanos uma fundamentação mais sólida do que a prevista pelo direito positivo, que não os protegeu dos regimes totalitários. (BULYGIN, 1991, *apud*, BAHIA, 2017, p. 99).

Fábio Ulhoa (2012) apresenta que ao longo do século XX o Estado capitalista se viu obrigado a flexibilizar seu ordenamento jurídico para sobreviver ao avanço do socialismo. A flexibilização da legislação, “reclamou uma profunda alteração no direito de propriedade, cujo exercício passou a se subordinar ao atendimento da função social. Deixou de ser afirmado como um direito egoísta para se compatibilizar com a realização do interesse público” (ULHOA, 2012, s.p).

Com entendimento semelhante, Flavia Piovesan (2006) afirma que a queda do nazismo foi primordial para que o mundo tomasse medidas sérias para resguardar a aplicação dos princípios fundamentais para uma vivência digna a sociedade em âmbito global. “A primazia jurídica do valor da dignidade da pessoa humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade” (PIOVESAN, 2006, *apud*, BAHIA, 2017, p. 100).

De acordo com Dutra (2017), o conceito e a finalidade dos direitos e as garantias fundamentais tiveram uma grande evolução com o passar dos anos, deixando de objetivar somente a proteção à liberdade do individual, passando a exigir, além desse critério, uma atuação positiva por parte do poder público, migração do Estado Liberal para o Estado Social. Reconhecendo essa evolução elaborou-se uma classificação para os direitos e garantias fundamentais, levando em consideração o momento em que tais direitos foram reconhecidos como fundamentais e incorporados aos textos constitucionais.

Desta forma, os direitos e garantias fundamentais foram classificados em três distintas gerações ou ainda chamadas de dimensões por algumas doutrinas, pelo fato de uma complementar a outra evolutivamente, e não há uma geração superior a outro em âmbito conceitual. Dutra caracteriza a primeira dimensão como uma fase evolutiva em que o Estado passou a ter restrições em seu poder que anteriormente era absoluto sobre o poder da população.

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros reconhecidos pelos ordenamentos constitucionais. Surgiram com as revoluções liberais do final do século XVIII, objetivando a restrição do poder absoluto do Estado, a partir do respeito das liberdades públicas dos cidadãos. Possuem as seguintes características: a) surgiram no final do século XVIII, no contexto da Revolução Francesa, fase inaugural do constitucionalismo moderno, e dominaram todo o século XIX; b) ganharam relevo no contexto do Estado Liberal, em oposição ao Estado Absoluto; c) estão ligados ao ideal de liberdade; d) são direitos negativos, que exigem uma abstenção do Estado em favor das liberdades públicas; e) possuíam como destinatários o

indivíduo como forma de proteção em face da ação opressora do Estado; f) são os direitos civis e políticos, considerados como direitos de resistência perante o Estado. (DUTRA, 2017, s.p)

Em seguida, na segunda dimensão, iniciou-se o processo de construção e reconhecimento dos direitos sociais, culturais e econômicos, ligados à igualdade entre os interesses individuais de cada membro da sociedade, assim como a prioridade desse interesse sobre o poder do Estado. Dutra (2017, s.p.) esclarece os requisitos dessa dimensão a) surgiram no início do século XX; b) apareceram no contexto do Estado Social, em oposição ao Estado Liberal; c) estão ligados ao ideal de igualdade; d) são direitos positivos, que passaram a exigir uma atuação positiva do Estado; e) correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, como o direito às condições mínimas de trabalho, à previdência social, à assistência social, à habitação, ao lazer, a um salário que assegure um mínimo de dignidade ao homem, à sindicalização, à greve dos trabalhadores.

Consoante Casado Filho (2012, s.p.), “a terceira dimensão, seria representada pelo direito ao desenvolvimento, pelo direito a um meio ambiente sustentável e pelo direito à paz, valores ligados diretamente à ideia de solidariedade e fraternidade”. Dutra reforça o entendimento da terceira geração expondo que as preocupações dessa etapa eram com os bens jurídicos da coletividade.

Cumprido, nessa sede, diferenciar as espécies de direitos metaindividuais:⁵ a) interesses difusos: são aqueles indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) interesses coletivos: são aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica; c) interesses individuais homogêneos: são aqueles de natureza divisível, cujos titulares são pessoas determinadas ligadas entre si por uma situação fática. (DUTRA, 2017, s.p)

Flávia Bahia (2017, p. 99) expõe que proteger a dignidade da pessoa humana é a principal finalidade dos direitos fundamentais e que apesar de ser um dos

princípios mais fáceis de compreensão, elaborar uma definição para esse fundamento exige pouco mais de dificuldade, pelo fato de ser ligado ao sentimento humano. Entendendo assim, que essas garantias fundamentais condicionam ao ser humano, uma vida mais adequada, com igualdade e respeito entre os indivíduos da sociedade. Neste sentido,

Como unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade aos quais confere legitimidade. Apesar de difícil conceituação, podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o exercício da sua liberdade e a perfeita realização de seu direito à existência plena e saudável. (BAHIA, 2017, p. 102)

A Constituição da República Federativa do Brasil, anuncia os direitos tidos como primordiais para o convívio harmônico de uma sociedade, estabelecidos do artigo 5º ao 17, os direitos fundamentais asseguram o exercício de direitos sociais e individuais direcionados a todo membro da sociedade. “Os direitos Fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessário para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.” (PADILHA, 2014, p. 213).

Alexandrino (2017, p. 96) apresenta as distinções entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais estabelecidas doutrinariamente, em que os direitos são as disposições declaradas pela Constituição Federal resguardados à cada membro da sociedade brasileira. Isto é, são bens jurídicos em si mesmos considerados, conferidos às pessoas pelo texto constitucional, e as garantias fundamentais são os instrumentos utilizados pelo Poder Público para proteger e aplicar esses direitos, são dispositivos por meio dos quais é assegurado o exercício desses direitos, bem como a devida reparação, nos casos de violação. Enquanto aqueles nos asseguram direitos, as garantias conferem proteção a esses direitos nos casos de eventual violação.

O autor ainda, expõe que os direitos fundamentais foram reconhecidos no século XX e que “visavam restringir a atuação do Estado, exigindo deste um comportamento omissivo em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal” (ALEXANDRINO, 2017, p. 94). E ainda, estabelece duas concepções do que se refere a relação entre o poder público e o particular na aplicação e exercício desse direito fundamental:

Os direitos fundamentais podem ser enxergados a partir de duas perspectivas: subjetiva e objetiva. A primeira dimensão é a subjetiva, relativa aos sujeitos da relação jurídica. Diz respeito aos direitos de proteção (negativos) e de exigência de prestação (positivos) por parte do indivíduo em face do Poder Público. A segunda dimensão é a objetiva, em que os direitos fundamentais são compreendidos também como o conjunto de valores objetivos básicos de conformação do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva (objetiva), eles estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, ainda, para as relações entre particulares. (ALEXANDRINO, 2017, p. 97)

A Constituição Federal catalogou os direitos fundamentais em cinco grupos diferentes: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. O direito à propriedade faz parte de uns dos direitos individuais e coletivos, estabelecido ainda no primeiro capítulo dos direitos fundamentais. O legislador relaciona esse direito ao conteúdo econômico e patrimonial e que transfere a tutela ao Estado.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis]
XXII- é garantido o direito de propriedade
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL,1988)

Com o entendimento voltado ao âmbito patrimonial do direito de propriedade privada, Casado Filho menciona a relevância da proteção jurídica a esse direito de propriedade privada para movimentar a economia de país com sistema capitalista “é dessa segurança jurídica que decorrem os negócios que trazem prosperidade às nações. Ciente disso, o constituinte brasileiro tratou de assegurar a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, o direito à propriedade” (CASADO FILHO, 2012, s.p). Igualmente, o autor afirma que o direito à propriedade privada deve ser considerado um direito fundamental, pelo fato de ser revoltante submeter-se a intervenção de terceiros em propriedade conquistada pelo esforço individual de cada cidadão. (CASADO FILHO, 2012, s.p.)

André Ramos (2014) estabelece que, antes de a Constituição Federal da República Federativa do Brasil consagrar o princípio da função social do domínio sobre a propriedade privada era intocável, o interesse individual do dono era sagrado. No entanto, com a atualização da Carta Magna “o direito de propriedade não é mais absoluto e sagrado devendo o proprietário cumprir a função social da propriedade, assim, o direito de propriedade não é mais um direito liberal ou de abstenção tradicional, no qual seu titular pode exigir a ausência de turbação ao seu exercício” (RAMOS, 2014, s.p).

É de grande relevância considerar o direito à propriedade privada como um dos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de utilização de um bem para que dele possa extrair produtos indispensáveis ao sustento de um grupo familiar. Segundo o doutrinador Fábio Ulhoa (2012, s.p.), “a propriedade privada é protegida no plano constitucional porque representa um dos meios de os sujeitos proverem seu sustento (entendido num sentido bastante amplo, que compreende o acesso à moradia, alimentação, saúde, lazer etc.) e o de sua família”.

Para Ulhoa (2012, s.p.), os aspectos conceituais de propriedade privada estão relacionados ao sustento das pessoas corresponde à sua função individual do bem, com isso a Constituição Federal prestigia o interesse do proprietário. O proprietário deve preocupar-se com os interesses que rodeiam as dependências de sua

propriedade, cumprindo com essa obrigação, pode exercer sobre o bem atividades que proporcionam a ele o sustento de sua família, não podendo a legislação obstar esse direito resguardado a todo cidadão.

4 DA PROPRIEDADE PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PILARES CARACTERIZADORES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Salgado (2012, s.p) apresenta as várias tentativas de instaurar a primeira legislação civil no Brasil até chegar ao código civil de 1916. Inicialmente Salgado afirma que a primeira tentativa de estabelecer a lei civilista foi em 1855 com a redação de Teixeira de Freitas, mediante a Consolidação das leis Cíveis. Seguidamente, em 1871, Visconde de Seabra apresentou uma nova tentativa de se estabelecer uma legislação civil, que assim como o primeiro fica incompleto.

No ano subsequente, Nabuco de Araújo, conselheiro do Império, iniciou um novo projeto, no entanto, o autor falece antes de termina-lo. Em 1881, Felício dos Santos redigiu seu entendimento acerca da área jurídica no intuito de elaborar um projeto de Código Civil em 1881, porém esse não é aceito e mesmo após o texto ser reformulado pelo autor, o novo projeto não tem andamento na câmara devido aos acontecimentos que cercaram a proclamação da República.

Salgado (2012, s.p), ainda, aponta a investida de Antônio Coelho Rodrigues em 1883 que apresentou seu projeto de Código Civil, que buscava a unificação do direito privado, no entanto, não foi aceito e o texto revisado foi arquivado. Em 1899, iniciaram os trabalhos na elaboração do projeto de Beviláqua, mas só seria aprovado em 1916. Essa lei, teve sua redação inicialmente redigida por Rui Barbosa e Clóvis Beviláqua, e sequenciada por seus seguidores. Dall’Alba expõe algumas características e alguns procedimentos sofridos pelo Código de Beviláqua para alcançar a promulgação.

É uma obra de seu tempo, projetada em abril de 1889 e concluída em novembro daquele ano, e que foi aprovada em 1912 pelo Senado Federal com 186 emendas, vigendo a partir 1º de janeiro de 1917. O autor do Código foi professor de direito internacional, sendo, juntamente com Tobias Barreto, um dos baluartes da Escola de Recife, tendo sua obra cunho doutrinário, havendo nela “muitas influências, não só jurídicas, como filosóficas”. (DALL’ALBA, 2004, s.p)

Conforme estabelecido por Biondo (2006, s.p.), o ser humano sempre sentiu a necessidade em adquirir bens, o poder de proprietário traz ao cidadão a ideia de segurança e de progresso pessoal e o domínio sobre essas propriedades sempre foi assegurada pelo poder público, inicialmente de maneira individual, plena e absoluta, a exemplo do Código de Napoleão, e do próprio Código Civil Brasileiro de 1916. (BIONDO, 2006, s.p). Segundo Mello, o texto do Código de Civil de 1916 foi influenciado pelo Código Napoleônico mantendo características individualistas, onde o principal objetivo era a aquisição de riquezas.

O Código Civil de 1916, fruto das doutrinas individualistas e voluntaristas, tinha como seu valor fundamental o indivíduo (Código de Napoleão). Naquela época, as pessoas tinham por finalidade precípua dismantelar os privilégios feudais, ou seja, queriam contratar, adquirir bens, circular as riquezas sem os óbices legais. Melhor dizendo: O Código Civil de 1916 tinha uma visão individualista do direito e era baseado nos dogmas do Estado Liberal clássico. O princípio da autonomia da vontade era o alicerce de sustentação do Estado Liberal. (MELLO, 2017, p.147)

O Código civil francês, também chamado de Código Napoleônico, foi promulgado em 1804, e tinha como principais características ser individualista e elevava o direito privado em relação ao direito público. Conforme trazido por Venosa (2003, p. 94), o dispositivo foi muito “o Código francês formou, o pensamento jurídico dos séculos XIX e XX, atraindo inelutavelmente os legisladores que se seguiram, com suas respectivas codificações, até o aparecimento do Código alemão, que entrou em vigor no início do século XX”.

Pereira afirma que o Código Napoleão, inicia uma definição do direito de propriedade privada, e determine a característica de absoluto, ao poder de domínio exercido sobre a coisa pelo proprietário em seu artigo 544 como o sendo de ser esse proporcionado ao proprietário “o direito de gozar e dispor das coisas de maneira absoluta, desde que delas não faça uso proibido pelas leis e regulamentos” (PEREIRA, 2017, p. 93).

No Direito Civil Clássico, na era da codificação de 1916, Clóvis Beviláqua conceituava a propriedade como sendo o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral (BEVILÁQUA, 2003, p. 127). Apesar de ser categorização que remonta ao século passado, a construção é interessante, uma vez que leva em conta tanto os bens corpóreos ou materiais quanto aqueles incorpóreos ou imateriais. Sendo assim, a título de ilustração, os direitos de autor e outros direitos de personalidade também poderiam ser objeto de uma propriedade especial, com fortes limitações. (TARTUCE, 2017, s.p)

Miguel Reale (2004, s.p.), afirma que “superando-se a divisão cronológica, termina somente com a Primeira Guerra, quando finda a mentalidade oitocentista, por demais confiante nos valores da civilização burguesa, individualista e apegada a pressupostos formais”. Pedro estabelece o entendimento de que o Código Civil Brasileiro de 1916, foi estabelecido segundo conceitos oitocentistas do direito, estava em discordância com as modificações ao que se refere direitos humanos e a flexibilização social ocorridas em especial no século XX.

A visão eminentemente patrimonialista e patriarcal do direito destoava do contexto social em que produziam efeitos como aumento do fluxo da decodificação ou clamando por uma nova recodificação com a criação de um novo código que refletisse os anseios da sociedade e em compasso uma visão estrutural do direito, atendendo ao novo viés econômico, político, filosófico e cultural. (PEDRO, 2011 s.p.)

Gomes apresenta que o Código civil de 1916, foi uma obra escrita ainda no século XIX, foi iluminado nessa esteira pelas ideias de um país, “cujo tentáculo da sociedade colonial foi baseado no trabalho escravo” (2003, p.11 *apud* DALL’ALBA, 2004, s.p.). Jean Carbonnier (1974, *apud* DALL’ALBA, 2004, s.p) aponta como os pilares fundamentais para a instituição do sistema jurídico civil a família, a propriedade e o contrato. Além do que, os três pilares têm o condão de guarnecer qualquer sistema econômico e político, por mais diferentes que sejam. Luiz Edson Fachin descreve cada um dos principais direitos atingidos pelo texto legislativo do Código Civil de 1916.

Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas. (FACHIN, 2003 *apud* DALL’ALBA, 2004, s.p.)

Lima (2016, s.p.) apresenta a família como um dos pilares fundamentais do Código Civil de 1916. Segundo essa legislação o casamento era meio essencial, para estabelecer um núcleo familiar, ou seja, quem não casava não tinha família. Lima (2016, s.p.) estabelece que “o homem era o chefe da família, existindo uma visão verticalizada de família onde o homem se encontrava no vértice da pirâmide, sendo a esposa quase que propriedade do marido”. O autor ainda afirma que para considerar o instituto da família no Código Civil de 1916 era necessariamente biológica e a existência do casamento, sexo e reprodução (LIMA, 2016, s.p.). Em relação a reprodução, essa só era considerada válida se concebida dentro do matrimônio, não existia hipóteses de adoção. Neste sentido, é o escólio,

No Código Civil de 1916 o filho adotivo não tinha os mesmos direitos do filho biológico: a morte dos pais adotivos extinguiu a adoção. Com a extinção da adoção impedia-se que o filho adotivo tivesse acesso à herança. Tudo isso para deixar claro que o casamento estabelecia a

proteção das relações sexuais em relação à reprodução. Essa tendência também era percebida quando o homem casado tinha filhos fora do casamento. (LIMA, 2016, s.p.)

No que se refere ao contrato no Código Civil de 1916, Gomes (1984, s.p.) defini que contrato é "o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam." Cabral (2014, s.p.), ainda, estabelece que na doutrina liberal do século XIX, esse pilar é ligado ao princípio da autonomia da vontade, sem limites. As partes estipulam livremente o conteúdo das cláusulas contratuais, que deveriam ser obedecidas obrigatoriamente por ambas. Não se levava em conta o desequilíbrio na formação ou na execução do contrato.

Como Rosa Maria de Campos Aranovich, pode-se dizer que "as relações privadas e especialmente obrigacionais assentam-se, como já referido, no princípio da autonomia da vontade. Este, de acordo com Carlos Alberto Mota Pinto, consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica" (ARANOVICH, 1989 *apud* DALL'ALBA, 2004, s.p.)

Fachin (2003 *apud* DALL'ALBA, 2004, s.p.) apresenta o conceito de propriedade estabelecido pelo código civil de 1916, "a disciplina jurídica da propriedade nasce do art. 554, do Código Civil francês de 1804, segundo o qual o direito de propriedade é um direito absoluto. Era exercido de maneira mais ampla possível". Gomes (2006) menciona que o Código de 1916 foi constituído mediante o entendimento oitocentista, que tinha por finalidade resguardar os direitos conquistados pela burguesia frente ao Poder Público após a Revolução Francesa, "nesse contexto, de busca de segurança jurídica, o direito civil estava centrado no código, pois somente com uma codificação fechada seria possível atingir a estabilidade normativa perseguida" (GOMES, 2006, s.p.).

No entanto, mesmo a lei estabelecendo um caráter absoluto ao direito de propriedade privada, Dall'Alba afirma que o Código Civil de 1916 previa algumas

limitações em relação ao poder ilimitado de domínio do proprietário sobre o bem, no campo destinado ao direito de vizinhança.

A começar que o proprietário, ou inquilino de um prédio teria o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha pudesse prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam (art. 554). Além do que, o dono do prédio rústico, ou urbano, que se achasse encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou porto, teria o direito de reclamar do vizinho que lhe deixe passagem forçada (art. 559). Outro artigo, cujo conteúdo implica limitação ao direito de propriedade, é o 572, pois o proprietário poderia levantar em seu terreno as construções que lhe aprouvesse, salvo direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. (DALL'ALBA, 2004, s.p.)

Gomes esclarece que com as modificações de âmbito social ocorridas na primeira metade do século XX, a segurança jurídica e a igualdade formal tornaram-se insuficientes para regular as relações de modo satisfatório. O Estado Liberal deu lugar ao Estado Social, e a segurança jurídica deu lugar à busca da justiça, buscando além da proteção de seus próprios interesse, mas também, dos outros indivíduos, “se, em um momento anterior, a igualdade formal satisfazia os indivíduos, pois fazia com que sentissem protegidos perante o Estado, hoje isso não é o bastante.” (GOMES, 2006, s.p.)

5 PROPRIEDADE PRIVADA EM UMA NOVEL CONCEPÇÃO: O RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A consideração de propriedade como um dos direitos fundamentais, sofreu grande contestação entre os doutrinadores principalmente a certa do caráter absoluto do poder que o proprietário exercício sobre o seu bem, assegurando o privilégio de seu interesse particular sobre o interesse da coletividade. Segundo Alexandrino (2017), vários textos constitucionais passaram a dispor sobre a função

social que juntamente com os outros poderes de uso, gozo, disposição e persecução integra o direito de propriedade, limitando, assim, o poder de uso do proprietário.

No âmbito do nosso Direito Constitucional positivo, não mais é cabível a concepção da propriedade como um direito absoluto. Deveras, nossa Constituição consagra o Brasil como um Estado Democrático Social de Direito, o que implica afirmar que também a propriedade deve atender a uma função social. Essa exigência está explicitada logo no inciso XXIII do art. 5º, e reiterada no inciso III do art. 170 (que estabelece os princípios fundamentais de nossa ordem econômica). (ALEXANDRINO, 2017, p.146)

Alexandrino estabelece, ainda, que, mesmo estando o direito à propriedade privada, entre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, esse não pode ser considerado ilimitado, pois, a própria Carta Magna apresenta em outros dispositivos, condições a serem observadas para que seja exercido o domínio sobre o bem, sem que o proprietário atinja o bem-estar da sociedade ao redor, não sendo necessária assim, intervenção do Poder Público.

Embora o inciso XXII do art. 5º afirme peremptoriamente que "é garantido o direito de propriedade", sem conter nenhuma cláusula do tipo "nos termos da lei", a própria Constituição, em outros dispositivos, aduz os elementos que permitem afirmar que a norma é de eficácia contida. Por exemplo, ao estatuir que "a propriedade atenderá a sua função social" (art. 5º, XXIII), a Constituição utiliza um conceito jurídico de larga difusão no direito público "função social" - que autoriza a imposição, pelo Poder Público, de restrições ao direito de propriedade. O mesmo ocorre quando dispõe acerca da desapropriação da requisição administrativa, quando trata, na "Ordem Econômica", da propriedade urbana e da propriedade. (ALEXANDRINO, 2017, p.148)

Ramos (2014, s.p.) entende que "a função social da propriedade consiste na exigência do exercício, pelo proprietário, dos atributos inerentes ao direito de propriedade de modo compatível com o interesse da coletividade". É assegurado ainda, que para cumprir com tal princípio, o proprietário deve respeitar às limitações

impostas pelo Estado sobre seu poder de domínio, objetivando atender não apenas ao seu interesse individual, mas também, ao interesse da coletividade.

Outros autores, no entanto, consideram que a propriedade é assegurada por si mesma e que há uma prioridade a ser atingida que são os interesses sociais pelo exercício normal dos interesses individuais. Ulhôa (2012, s.p.) estabelece que a Carta Magna exalta os interesses dos não proprietários, ou seja, o bem comum de toda a sociedade pode ser afetado pelo exercício do direito individual de propriedade. A Constituição de 1988, ao proteger a propriedade privada e determinar que seu uso atenda à função social, prevê que não se podem sacrificar os interesses coletivos para atender aos interesses do proprietário individualmente; no entanto, não pode inibir o poder de domínio do proprietário, para alcançar o bem-estar social, o bem deve cumprir simultaneamente as funções individual e social que dela se espera.

De acordo com o art. 182, §2º, da Constituição Federal de 1988 Ramos (2014, s.p.) entende que “a propriedade privada urbana cumpre a função social quando obedece às diretrizes fundamentais de ordenação da cidade fixadas no plano diretor. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes”. Flávia Bahia (2017, p. 144) estabelece que a função social se encontra agregada ao conceito de propriedade privada “não há propriedade hoje vista sob o ângulo meramente privado, com poderes ilimitados de uso e fruição do bem, tendo em vista que o direito foi remodelado em razão da função social da propriedade, que passa a integrar o seu próprio conceito”.

Ramos (2014, s.p.) afirma que “o Estado tem o poder/dever de intervir na propriedade para adequar seu uso ao interesse público se a intervenção ocorrer em virtude de a propriedade não atender à função social, não há falar em indenização prévia”. O poder público estabelece normas e limites para o uso e o gozo dos bens e riquezas particulares, intervém na propriedade através de atos que visam satisfazer o bem de uma coletividade e reprimir as condutas individuais do particular e nos casos onde a intervenção sobre o direito de propriedade privada é realizada com o intuito

de cobrar o exercício da função social do bem, o Estado não estará incumbido de indenizar ao proprietário.

A intervenção do Poder Público é instituída pela Constituição e regulada por leis federais que regulamentam as medidas intervenção e determinam o procedimento e condições para a sua execução, estipulando o atendimento do interesse público, mas respeitando as garantias constitucionais do proprietário particular. A Constituição Federal, em seu artigo 170, prevê e protege a propriedade privada e a livre empresa e condicionam o uso destas ao bem-estar social.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988)

Tepedino (2004, s.p.) discorre que o direito à propriedade consiste em “um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam no artigo 1.228 do Código Civil de 2002”. Segundo Bahia (2017, p. 144), “não há propriedade privada, com poderes ilimitados de uso e fruição do bem, tendo em vista que o direito foi remodelado em razão da função social da propriedade”. Nesse sentido de poder limitado do proprietário, em que esse deve exercer seu direito nos limites impostos pela lei, como a observância do o princípio constitucional da função social da coisa, Tartuce traz a previsão implícita no Código Civil sobre esse princípio:

O Código Civil de 2002 foi além de prever essa função social, pois ainda trata da sua função socioambiental. Há tanto uma preocupação com o ambiente natural, como com o ambiente cultural. [...], o proprietário de um imóvel, deve ter o devido cuidado para não

causar danos a um prédio vizinho que seja tombado, sobre o qual há interesse de toda a humanidade. (TARTUCE, 2017, p.634)

Eros Roberto Grau afirma que o princípio da função social da propriedade “impõe ao proprietário o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos ao detentor do poder que deflui da propriedade” (GRAU, 2000 *apud* MELLO, 2017, p. 40).

O princípio da função social foi estabelecido pela constituição federal como forma de condicionar o direito fundamental de propriedade, alguns autores defendem que a obediência ao princípio da função social, vai descaracterizando de maneira fundamental a natureza privada e individual do direito à propriedade, aproximando-o do direito público. Fabio Ulhôa esclarece que, a propriedade deve atender os interesses sociais, assim, como os interesses particulares do proprietário, do contrário estaria sendo ferido os direitos fundamentais resguardados pela constituição a ambos os interessados.

A Constituição, ao proteger a propriedade privada e determinar que seu uso atenda à função social, prescreveu: de um lado, não se podem sacrificar os interesses público, coletivo e difuso para atendimento do interesse do proprietário; mas também não se pode aniquilar este último em função daqueles. A propriedade, em suma, deve estar apta a cumprir simultaneamente as funções individual e social que dela se espera. (ULHOA, 2012, s.p)

O artigo 182 da Carta Magna expõe sobre o exercício da função social da propriedade privada, e em seu parágrafo 2º determina o que se considera função social da propriedade privada urbano.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [*omissis*]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (BRASIL, 1988)

O objetivo principal do princípio da função social da propriedade privada serve como forma de coibir qualquer prática que imponha apenas o interesse individual do proprietário, sendo assim a função social um conjunto de normas constitucionais que visa recolocar a propriedade no exercício de sua finalidade. Com isso, Alexandrino (2017, p. 146) estabelece que, a legislação constitucional impõe direitos assegurados ao proprietário, e a ele deveres essencialmente equiparados como dever de uso adequado da propriedade. Assim, não pode o proprietário de terreno urbano mantê-lo não edificado ou subutilizado, sob pena de sofrer severas sanções administrativas; não pode o proprietário de imóvel rural mantê-lo improdutivo, devendo atender às condições estabelecidas no art. 186 da Carta Política. O desatendimento da função social da propriedade pode dar ensejo a uma das formas de intervenção do Estado no domínio privado.

6 CONCLUSÃO

O direito fundamental de propriedade é tido como um dos direitos mais antigos reconhecidos pela humanidade, tendo em vista a desde a bíblia cita-se o domínio do ser humano sobre trechos de terra e bens particulares, com a evolução do ser humano o conceito desse direito foi sendo moldado, sendo considerado um bem divinamente oferecido a um indivíduo até o momento em que se criou o entendimento de a propriedade poder ser adquirida, com a atualização das leis Maior, o exercício do domínio sobre a propriedade passou a ser condicionado com o exercício da função social do bem, assim como o interesse público sobre a propriedade particular.

A função social da propriedade consiste na exigência do exercício, pelo proprietário, dos atributos inerentes ao direito de propriedade de modo compatível

com o interesse da coletividade. A Constituição Federal de 1988 inseriu entre os princípios gerais da atividade econômica da propriedade, a função social, a propriedade urbana atende à função social constitucionalmente imposta, quando cumprir a ordenação da cidade expressas no plano diretor e Estatuto das Cidades.

O princípio da função social do bem determina que a propriedade deve ser utilizada com uma finalidade, o direito de ser dono, condiciona a utilização da propriedade para produzir, no entanto observando o bem comum da sociedade. A função social da propriedade dispõe que o direito de propriedade não se resume apenas em “tê-la”, mas que a utilize de forma útil, concorrendo para o bem comum, haja vista que um pedaço de terra improdutivo é grande desperdício a toda uma sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

_____, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BAHIA, Flavia. **Descomplicando o Direito Constitucional**. 3 ed., Recife: Armador, 2017

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 jun. 2017.

BIONDO, Lazara Daniele Guidio. **Trata da evolução do direito de propriedade na legislação brasileira, desde a Constituição Imperial até o Estatuto da Cidade, traçando comparativos entre o paradigma liberal e o paradigma social**. 03 de outubro de 2006, disponível em

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2928/O-Direito-de-Propriedade-Privada-e-a-Constitucionalizacao-do-Direito-Civil> acessado em 03 de agosto de 2017.

BULYGIN, Eugênio; ALCHOURRON, Carlos E. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991.

CABRAL, Carolina Feitosa Cruz. O viés social dos clássicos princípios contratuais, no Código Civil de 2002. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47338&seo=1>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

CASTILHO, Marcela Cristina de. **Direito e propriedade e a Função social**. 2014. Disponível em :<<https://mcristina.jusbrasil.com.br/artigos/146506494/direito-de-propriedade-e-a-funcao-social>> . Acesso em 4 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Claret, 2006.

CASADO FILHO, Napoleão, **Direitos humanos e fundamentais**– São Paulo : Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil. Direito das coisas, direito autoral**. 4. ed. — São Paulo-SP: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v. 04. 20 ed., rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v. 4. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. In: ALBA, Felipe Camilo Dall'. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 4, nº 189, 20 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/109->

artigos-set-2004/5147-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2003. p.11. in: ALBA, Felipe Camilo Dall'. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 4, nº 189, 20 de setembro de 2004. Disponível em:
<http://www.tex.pro.br/home/artigos/109-artigos-set-2004/5147-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato>

GOMES, Daniela Vasconcellos. **A noção de propriedade no Direito Civil contemporâneo**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 174, 2006. Disponível em:
<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1203>> Acesso em: 7 ago. 2017.

GOMES, Orlando. Contratos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.41.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Geildson de Souza. **A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 22 ago. 2016. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56620&seo=1>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Vozes, 2006.

MARTINS, Ivan Barbosa. **Propriedade Privada e Meio Ambiente**, 109 f., Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito das Coisas**. 2 ed. Rio de Janeiro-RJ: Freitas Bastos, 2017

MENESES RIOS, Thiago. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27032>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

MIRANDA, Pontes de, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Tomo XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. Vol. IV. 25 ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** – São Paulo : Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. 2002.

ALBA, Felipe Camilo Dall'. Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 4, nº 189, 20 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/109-artigos-set-2004/5147-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato>. Acessado em 07 de agosto de 2017

RIOS, Thiago Meneses. Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 19, n. 3.919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27032>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

RIBEIRO, George Wendell Chaves . **Bens jurídicos no código civil de 2002**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 954. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2478>> Acesso em: 11 ago. 2017

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Discussões legislativas do Código Civil de 1916: Uma revisão historiográfica**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan. 2012. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituras&artigos_id=10972 >. Acesso em 04 de ago. 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2012.

SILVA, Cristiane Afonso Soares. **O direito de propriedade sob o prisma da Constituição Federal de 1988**. Disponível em :< http://www.fenord.com.br/revista2012/rev_v2/textos/artigo_05.pdf >. Acesso em 05 de ago. de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 4. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de direito civil**: volume único .7. ed. rev., atual. e ampl. –
Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos da propriedade privada**: Temas de direito civil. 3.
ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O INTERESSE PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ruth Roeles Campos¹¹
Tauã Lima Verdán Rangel¹²

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a importância da intervenção do Poder Público na propriedade privada urbana na busca pela supremacia do interesse público. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu normas com intuito de resolver os conflitos entre o interesse público e o interesse particular norteando assim, a Administração pública no exercício de suas funções. Tendo em vista a ausência de codificação no âmbito administrativo, o Poder Público é regulamentado por princípios constitucionais, por meio de uma revisão bibliográfica. Destacando concepções atuais concernentes ao tópico em comento.

Palavras-chave: Interesse público. Poder Público. Princípios da Administração Pública.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a todos os cidadãos uma série de direitos, porém, a aplicação desses, devem ser compatíveis com o bem-estar social. A Administração Pública tutela, a observância da vontade legal de cada particular, identifica seus confins ou lhes condiciona o exercício,

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana; ruthroeles@gmail.com;

¹² Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, utilizando-se de princípios constitucionais como métodos de limitação do exercício de direitos privados e assegurando os direitos coletivos.

A principal função administrativa do poder público é abarcar a prestação dos serviços públicos essenciais à vida em coletividade, bem como o controle das atividades privadas e a execução de obras públicas. Os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelos entes federativos ou, em determinadas situações, podem ser transferidas a particulares ou entidades especializadas criadas no âmbito da própria Administração Pública, responsáveis pela execução destas atividades na busca do interesse público.

Para alcançar a definição de administração pública, a doutrina estabelece dois sentidos a serem considerados, sendo em sentido amplo a administração que abrange os órgãos de governo e pessoas jurídicas que desempenham funções meramente administrativas, sempre tem a sua atuação pautada pela lei e administração pública em sentido estrito só inclui os órgãos e pessoas jurídicas administrativos e as funções que eles desempenham, de natureza puramente administrativa.

A principal função administrativa do poder público é abarcar a prestação dos serviços públicos essenciais à vida em coletividade, bem como o controle das atividades privadas e a execução de obras públicas. Os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelos entes federativos ou, em determinadas situações, podem ser transferidas a particulares ou entidades especializadas criadas no âmbito da própria Administração Pública, responsáveis pela execução destas atividades na busca do interesse público.

O direito administrativo não possui codificação com isso, as normas regulamentadoras da atuação do poder público são regidas mediante princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. No entanto, esses princípios jurídicos podem encontrar-se expressa ou implicitamente mencionados na legislação, os princípios explícitos são aqueles taxativamente mencionados no texto da norma e

os princípios implícitos são os princípios reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Os princípios jurídicos são normas jurídicas de observância obrigatória e, se desrespeitados, acarretam sanções jurídicas concretas, dentre os princípios norteadores da atividade da administração pública, são estabelecidos de forma expressa pelo caput do art. 37 da Constituição da República os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E de forma implícita, destaca-se os princípios estabelecidos pela Lei nº 9.784 de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Os princípios implícitos da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; e a Indisponibilidade pela Administração Pública do Interesse Público são reconhecidos pela doutrina como “pedra de toque” do sistema administrativo, sendo esses fundamentais a todo Direito Administrativo. A supremacia do interesse público tem o sentido de que os interesses particulares de cada indivíduo não podem prevalecer sobre o interesse de toda uma coletividade e a indisponibilidade indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como urna decorrência de sua supremacia.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DESTAQUE

A administração pública é o mecanismo utilizado pelo poder público para gerir e organizar seus bens com o intuito de alcançar o interesse coletivo. Santos (2014, p. 20) define Administração Pública como o conjunto de recursos apresentados pelo Estado preordenado à realização de serviço público, visando à satisfação do bem comum da sociedade. A Administração Pública não pratica atos de governo, mas apenas atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional. É a ferramenta disponível ao Estado para colocar em prática as opções políticas desenhadas pelo governo. Meirelles conceitua a Administração Pública, como o "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas

tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado" (MEIRELLES, 2003, p. 38, apud, DI PIETRO, 2014, p. 48).

Comumente são estabelecidos dois sentidos para delimitar o conceito da expressão Administração Pública, o sentido formal ou subjetivo e o sentido objetivo ou material. Carvalho (2017, p. 35) determina que em sentido formal, é designado o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do poder a que pertençam. Em sentido material, a administração pública deverá ser entendida como a atividade administrativa exercida pelo Estado, ou seja, a defesa concreta do interesse público. Di Pietro apresenta o conceito de administração pública reforça o entendimento da existência de dois sentidos essenciais para sua definição.

a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. (DI PIETRO, 2014, p. 50)

Oliveira (RDA 120/14) apresenta sua definição, partindo das noções de Administração Pública em sentido subjetivo, objetivo e formal. Sob o aspecto subjetivo, a Administração Pública é o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas; sob o aspecto objetivo, compreende as atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos; e, sob o aspecto formal, é a manifestação do Poder Público decomposta em atos jurídico-administrativos dotados da propriedade da auto-executoriedade, ainda que de caráter provisório (DI PIETRO, 2014, p. 47).

O Estado se organiza de forma administrativa estabelecendo as regras de distribuição de competência, as responsabilidades, as relações de hierarquia

mantidas entre órgãos e agentes. Oliveira (2017, s.p.) admiti que a federação brasileira se organiza politicamente em entes federados para melhor delegar funções administrativas, essa forma federativa adotada pelo Estado, possibilita a divisão do poder político em três níveis de governo, chamados Entes Federados: federal, estadual, municipal, conforme determina o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os Entes Federados se organizam e prestam, autonomamente ou de forma cooperada, as atividades administrativas determinadas a cada um dos entes.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Os entes federados podem atuar de formas distintas, Santos (2012, p. 50) estabelece que algumas das vezes o próprio ente federativo executa diretamente determinado serviço público, enquanto em outras oportunidades outorga o serviço ou atividade pública a outra pessoa jurídica por ele criada, ou ainda transferir a execução dos serviços públicos a empresas privadas, mediante contrato administrativo. O Estado se organiza de forma administrativa estabelecendo as regras de distribuição de competência, as responsabilidades, as relações de hierarquia mantidas entre órgãos e agentes.

A administração pública estabelece formas de atuação dos órgãos, agentes e pessoas jurídicas do Estado. Comumente as diferentes formas de prestação de serviço do poder público são denominadas como centralização, descentralização e desconcentração. Carvalho (2017, p. 160) esclarece que nas situações em que as atividades são exercidas diretamente pelos entes políticos, a prestação não é transferida a nenhuma outra entidade. Nesse caso, a prestação é feita diretamente

pelos entes federativos e se denomina essa execução de prestação centralizada do serviço. Assim, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal executam as atividades diretamente, por meio de seus agentes e órgãos.

Alexandrino (2017, p. 27) apresenta outra forma de prestação de serviço do poder público, a chamada descentralização administrativa, reconhecida quando o Estado desempenha algumas de suas atribuições por meio de outras pessoas, e não pela sua administração direta, nessa modalidade pressupõe duas pessoas distintas: o ente federativo e a pessoa que executará o serviço, por ter recebido do Estado essa atribuição. A descentralização pode ocorrer mediante outorga, também denominada descentralização por serviços, ou mediante delegação, também chamada descentralização por colaboração.

Santos (2012, p. 54) define a desconcentração como aquela que envolve apenas uma pessoa jurídica e ocorre sempre que houver a necessidade de repartir internamente as competências estatais, com a criação de novos órgãos, a fim de prestar um serviço público de melhor qualidade ao administrado, essa técnica administrativa foi criada para propiciar o descongestionamento de órgãos públicos, pois permite que a pessoa jurídica, direcione competências a inúmeros órgãos existentes acoplados a sua estrutura, tornando mais célere e eficiente a prestação de serviços à coletividade.

Santos (2012, p. 50) expões que a federação brasileira tem sua organização político-administrativa por meio de uma gestão quadripartite: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, pessoas políticas autônomas, cada uma dessas pessoas jurídicas de direito público interno são denominadas entidades políticas ou pessoas federativas, devido à autonomia política determinada a cada uma, pelo artigo 18 da Constituição federal da República Federativa do Brasil de 1988 “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Drago (2012, s.p) expõe que a Administração Pública Brasileira, é dividida em Administração Pública Direta, regulada pela Lei 12.375/10, e indireta regida pela Lei 7.596, para facilitar o atendimento ao interesse público, uma vez que os entes ao mesmo tempo em que executam o serviço público em prol da comunidade, descentralizam incumbências às entidades da administração indireta e às concessionárias e permissionária, ampliando as dimensões para a prestação de serviço público, conforme estabelecido pelo artigo 4º do Decreto-Lei nº 200, de 25 fevereiro 1967.

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas. (BRASIL, 1967)

Administração Direta “é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado” (CARVALHO FILHO, 2017, s.p). Drago (2012, s.p) estabelece que a administração direta é composta pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, sendo que, estes detêm autonomia política, financeira e administrativa, além de possuírem personalidade jurídica própria, todos os quatro entes detêm competência tributária tanto para criar seus impostos, quanto para cobrá-los. A Carta Magna defini um conjunto de competências destinadas a cada uma dessas quatro pessoas federativas ou políticas entre as quais está a titularidade de determinados serviços públicos.

A União “é entidade federativa autônoma em relação aos Estados-membros e municípios, constituindo pessoa jurídica de Direito Público Interno, cabendo-lhe exercer as atribuições da soberania do Estado brasileiro” (MORAES, 2014, 289). O

artigo 21 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³ estabelecem os serviços de competência da União, como: assegurar a defesa nacional; emitir moeda; administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

Santos (2012, p. 663) esclarece que os serviços delegados aos Municípios, são os serviços públicos de interesse local, embora sejam simultaneamente de interesse do estado e da União, o interesse do Município se sobressai, uma vez que tais serviços materializam atividades de peculiar utilidade da comunidade local. “Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (BRASIL, 1988).

Alexandrino (2017, p. 293) aponta que a competência atribuída aos Estados-membros foi conferida pela Constituição a titularidade dos serviços remanescentes, sendo delegado aos Estados-membros todos os serviços não atribuídos expressamente à União e que, por outro lado, também não sejam de interesse preponderante dos Municípios. Santos (2012, p. 664) entende que no que tange à titularidade dos serviços públicos a competência dos estados deve ser reconhecida por caráter residual destes em relação às competências federal e municipais, nos termos no art. 25, § 1º, da CF/88.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.
§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.

¹³ Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II - declarar a guerra e celebrar a paz; (...)

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (BRASIL, 1988).

Bahia (2017, p. 665) define que a competências legislativa direcionadas ao Distrito Federal, é cumulativa, pelo fato de a prestação de serviço público ser tanto as competências estaduais quanto as municipais, razão pela qual, possui titularidade sobre os serviços de interesse local, como o transporte coletivo de passageiros, e também das competências remanescentes, que, via de regra, pertencem aos estados-membros, de acordo com o disposto no art. 32, § 1º, da Carta Magna.

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (BRASIL, 1988).

Staford (2008, s.p) define a Administração Indireta como a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. São consideradas entidades da Administração Indireta no direito moderno a Autarquia, a Empresa Pública, a Sociedade de Economia Mista e as Fundações Públicas, essas apresentam algumas características comuns como personalidade jurídica, para que possam desenvolver suas atividades e patrimônio próprio distinto das pessoas políticas.

O conceito de autarquia encontra-se estabelecido pelo art. 5º I, do Dec.-lei 200/1967, "criada por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada". Oliveira

(2017, s.p.) caracteriza a autarquia como uma pessoa jurídica de direito público, criada por lei e integrante da Administração Pública Indireta, que desempenha atividade típica de Estado, tendo como exemplos, o Instituto Nacional do Seguro Social, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

O conceito de empresa pública está regulamentado no artigo 5º, II, Dec.-lei 200/1967, Justen Filho (2014, s.p.) conceitua empresa pública como uma pessoa jurídica de direito privado, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público, citando como exemplo a Caixa Econômica Federal (CEF) e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Torrent (2013, s.p.) afirma que as empresas públicas podem assumir qualquer forma jurídica adequada ao exercício de atividades gerais pelo Estado e o termo, públicas, indica uma relação de controle entre o Estado e essas empresas.

Regulamentada no art. 5º, III do Decreto-Lei nº 200/67, a sociedade de economia mista conceitua-se como: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União”. Mello (2015, p. 196) pondera sociedade de economia mista como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.

Di Pietro (2007 *apud* SANTOS, 2012. 81) conceitua a fundação pública como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle

da Administração Pública, nos limites da lei, conforme estabelecido pelo artigo 5º, IV, Dec.-lei 200/1967.

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: *[omissis]*

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (BRASIL, 1967)

Para equilibrar e limitar o poder político entre os entes, estabeleceu-se uma separação de poderes. É conhecido a concepção tripartite dos poderes, onde cada poder terá uma função estatal determinada pela constituição. Justen Filho (2014, s.p.) afirma que a existência de três poderes não quer dizer que cada um deles seja titular único de cada uma das funções estatais, todos os poderes desempenham funções de natureza administrativa, ainda que seja para fins de organizar sua estrutura interna. Padilha (2014, p. 385) expõe que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da independência dos poderes, com o intuito de evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais, no entanto, disponibilizou um mecanismo, conhecido como sistema de freios e contrapesos, que possibilitam o controle recíproco entre os poderes, para assim, garantir a existência de um Estado Democrático de Direito, cabendo a cada Poder o desempenho de funções predominantes e, também, de funções que, a rigor, seriam próprias de outros Poderes.

Alexandrino (2017, p. 605) apresenta que a função predominante ou também chamada de função típica do Poder Executivo é administrar, compreendendo não só a função de governo, relacionada às atribuições políticas e de decisão, mas também a função meramente administrativa, pela qual são desempenhadas as atividades de intervenção, fomento e serviço público. As funções atípicas são a legislativa e a de

juízo. Assim, além de gerir, política e administrativamente, a coisa pública, o Poder Executivo também legisla e julga.

Em relação ao Poder Executivo, Bahia (2017, p. 285) estabelece que a sua função típica é a de elaborar normas genéricas e abstratas dotadas de força proeminente dentro do ordenamento jurídico, as quais se denominam leis e também a de fiscalizar a atuação contábil da administração pública, na forma do art. 70 da Constituição Federal¹⁴ de 1988, as funções atípicas são reconhecidas quando elaboram concurso para seus cargos e quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade.

Alexandrino (2017, p. 635) caracteriza como função típica do Poder Judiciário a chamada função jurisdicional, pela qual lhe compete, definitivamente, dizer e aplicar o Direito às controvérsias a ele submetidas. O Poder Judiciário desempenha função atípica quando produz normas gerais, aplicáveis no seu âmbito, de observância obrigatória por parte dos administrados, como exemplo o caso da elaboração dos regimentos dos Tribunais, os quais dispõem sobre a competência administrativa e jurisdicional desses órgãos.

3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMENTÁRIOS AO CAPUT DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Andrade (2012, s.p.) apresenta que princípios são linhas gerais aplicadas a determinada área do direito, formando as sustentações e constituindo as estruturas em que se assentam institutos e normas jurídicas. São de grande importância e aplicação no âmbito do Direito Administrativo. Princípios de uma ciência são as propostas básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Santos (2012, p. 22) salienta que os princípios são de grande

¹⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

importância a qualquer ramo do direito, em relação ao direito administrativo brasileiro é ainda mais relevante, tendo em vista que, essa ramificação da legislação ainda não se encontra codificada. A ausência de codificação aumenta grandemente eventuais conflitos entre normas, que quase sempre são resolvidos a partir da interpretação e integração dos princípios informadores do Direito Administrativo.

Oliveira (2017, s.p.) classifica os princípios jurídicos quanto a menção expressa ou implícita dos princípios nos textos normativos, esses princípios são orientadores de toda atividade da administração pública encontram-se, no texto da Constituição de 1988 de duas formas: a) Princípios explícitos: são aqueles taxativamente mencionados no texto da norma, como os princípios da Administração Pública, citados no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil; e b) Princípios implícitos: são os princípios reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Alexandrino (2017, p. 227) esclarece a importância dos princípios explícitos e reforçando que ao elaborar o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o legislador estabeleceu princípios primordiais para a execução da administração pública, deixando claro que os princípios arrolados são de obrigatória obediência a todos os Poderes quando estiverem no exercício de funções administrativas, e para todos os entes da Federação, alcançando a administração direta e a indireta. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988).

Mediante o princípio da legalidade a Constituição federal de 1988, assegura que todo e qualquer ato exercido pela administração pública deve ser previsto em lei, o poder público somente pode agir de acordo com o legalmente permitido, todas suas ações necessariamente deve ter determinação prévia.

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito

aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2009 *apud* XIMENES, 2012, s.p.).

Santos (2012, p. 23) retrata a expressa imposição do princípio da legalidade pelo art. 5º, II, da Lei Maior “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Tornando assim, tal princípio o mais importante da fomentação da Administração Pública, pois, sem o devido respeito à lei, não há como sequer falar em Estado de Direito. Pelo princípio da legalidade extrai-se que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei. A atuação de qualquer agente público divorciada da lei não se sustenta juridicamente e deverá ser declarada ilegal pela própria Administração.

Oliveira (2017, s.p.) o princípio da legalidade administrativa, previsto pela Carta Magna, é considerado um produto do Liberalismo, que pregava a supremacia de autoridade do Poder Legislativo. Sendo essa norma comporta por dois importantes desdobramentos: a) supremacia da lei: estabelece que a lei tem preferência sobre os atos da Administração; e b) reserva de lei: impõe que o tratamento de certas matérias deve ser formalizado necessariamente pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo.

O segundo princípio expresso pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e norteador da administração pública, é o da impessoalidade, este objetiva a igualdade de tratamento entre os indivíduos da sociedade, determinando que os atos administrativos não devam ser direcionados individualmente, mas devam em seu exercício alcançar o interesse coletivo, a doutrina estabelece dois sentidos a serem observados na definição do princípio.

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. No segundo

sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordillo que "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal" (DI PIETRO, 2014, p.68)

Meirelles (1998, p. 88) apresenta que o princípio da impessoalidade, impõe ao administrador público que só desenvolva seus atos com o intuito de alcançar seu fim legal. E essa finalidade é unicamente aquela que a legislação expressa ou virtualmente estabelece como objetivo do ato, de forma impessoal. Esse princípio também deve ser observado para eliminar as possíveis promoções pessoais de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas. Alexandrino (2009, p. 200 *apud* CAMPOS, 2012, s.p.) define a impessoalidade como prisma determinante da finalidade de toda atuação administrativa é a acepção mais tradicional desse princípio e traduz a ideia de que toda atuação da Administração deve ter como finalidade a satisfação do interesse público e se algum ato não seguir esse objetivo será sujeito à invalidação de serviço por finalidade.

Em seguida a Carta Magna determina a observância do princípio da moralidade pela administração pública na aplicação de seus atos, essa norma exige que os agentes da administração pública desempenhem suas funções de forma ética. O princípio da moralidade é conceituado como "o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos" (GASPARINI, 2003, *apud*, REK, 2013, s.p.). Alexandrino (2017, p, 237) afirma que um ato que desrespeite a moral administrativa não está sujeito a um exame de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade, ou seja, um ato praticado em desacordo com a moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente.

Carvalho (2017, p. 73) demonstra o princípio da moralidade como a exigência de honestidade, lealdade, boa-fé de conduta no exercício da função administrativa,

mediante essa norma a Lei Maior impõe uma atuação não corrupta dos gestores públicos. Esta regra estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que seja resguardado o exercício da função pública de forma a alcançar às necessidades coletivas. Mello (2015, p. 124) expõe que o princípio da moralidade administrativa, além de previsão no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, encontra-se fundamentado no art. 5º, LXXIII, da mesma legislação, que prevê o cabimento de ação popular para anulação “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé (...)” (BRASIL, 1988).

Outro princípio explícito trazido pelo artigo 37 da Constituição Federal de 1988 é o princípio da publicidade. Carvalho Filho (2017, s.p.) esclarece que essa norma, determina que os atos da administração pública devem ser o mais divulgado possível entre os administrados, para instaurar uma possibilidade de controle legítima da conduta dos agentes administrativos. Rosa (2003, apud, REK, 2013, s.p.) afirma que a transparência na aplicação dos atos do Poder Público exige publicação, mesmo que interna, constituindo esse princípio requisito de eficácia dos atos administrativos. A publicidade está intimamente relacionada ao controle da administração pública, tendo em vista que, conhecendo seus atos, contratos, negócios, pode o particular cogitar de impugná-los interna ou externamente.

Oliveira (2017, s.p.) afirma que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece várias ferramentas jurídicas que exigem a publicidade da atuação do Poder Público, tais como: o direito de petição ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, previsto no art. 5º, “XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988); o direito de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, determinado pelo “XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b)

a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (BRASIL, 1988) e o mandado de segurança individual e coletivo, fundamentado art. 5.º, LXIX e LXX¹⁵; o habeas data para conhecimento de informações relativas ao impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Furtado (2016, p. 92) demonstra que a Carta Magna apresenta algumas restrições ao princípio da publicidade no artigo 5º, XXXIII, o qual assegura tutela a todo cidadão o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que deverão ser prestadas no prazo da lei, em caso de descumprimento é cabível pena de responsabilidade, o entanto, autoriza o sigilo nos casos em que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A Constituição Federal de 1988 assegura a privacidade de atos do poder público por força do artigo 5º LX (BRASIL, 1988), onde dispõe no sentido de que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem".

O último princípio estabelecido pelo caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o da eficiência. Furtado (2016, p. 97) exterioriza que ao falar em eficiência requer do responsável pela aplicação dos recursos públicos observância da relação custo/benefício do exercício de seus atos. Analisando em um primeiro momento o a necessidade de planejamento, de definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública, para melhor atender ao interesse público, alcançando a

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

efetividade e atuando de forma mais econômica possível ao poder público, podendo assim considerar a aplicação do princípio de maneira eficaz.

O princípio da eficiência como um dos deveres da Administração Pública é definido como "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros". (MEIRELLES, 2003, *apud*, DI PIETRO, 2014, p. 84)

Alexandrino (2017, p. 255) manifesta a ideia básica da aplicação do princípio da eficiência, que consiste em controlar a administração pública e os métodos de gestão utilizados, para q esses não carregem morosidade, desperdícios, baixa produtividade, enfim, grande ineficiência, em comparação cora a administração de empreendimentos privados. Propõe-se, por essa razão, que a administração pública se aproxime o mais possível da administração das empresas do setor privado. Di Pietro (2014, p. 84) indica dois aspectos essenciais na definição do princípio da eficiência: podendo ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Além dos princípios expressos na Constituição Federal de 1988, para assegurar o exercício da administração pública e garantia da ordem pública é vital a observância de normas implícitas na legislação, Martins Junior (2009, p. 23) afirma que os princípios são normas regentes do direito administrativo, e tanto faz serem explícitos ou implícitos, eles são enunciados basilares de um ordenamento jurídico que age, reage e interage, inclusive com suas normas, pela perfeita compreensão de seus alicerces fundamentais, dos princípios implícitos destaca-se os estabelecidos pela Lei nº 9.784 de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da

Administração Pública Federal. “Art. 2º princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, 1999).

Di Pietro (2014, p. 82) apresenta que o princípio da motivação determina que qualquer ato praticado pela Administração Pública deve possuir fundamentação, essa obrigatoriedade é necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. O princípio da motivação encontra previsão na Lei nº 9.784/99 em seu artigo 2º, caput, e no parágrafo único, inciso VII, onde estabelece a exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além do artigo 50 que estabelece a obrigatoriedade de motivação.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (BRASIL, 1999).

Resende (2009 *apud* SANTOS, 2011, s.p.) define o princípio da razoabilidade como um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de equilíbrio entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato. Furtado (2016, p. 102) demonstra a importância prática da razoabilidade, reside no fato de que ela permite o controle de legitimidade da administração. No exercício da administração pública é irrelevante a situação na qual esse será aplicado, qualquer atuação contrária à razoabilidade não é inconveniente ou inoportuna de modo que

não se pode acusar aos que se utilizam desse princípio para controlar a atividade administrativa discricionária de invadir o mérito dessa atividade. Adotada solução não razoável, ela estará fora dos limites que a norma do caso faculta ou disponibiliza.

Outro princípio implícito no ordenamento jurídico é o da proporcionalidade, Oliveira (2017, s.p.) salienta que a origem dessa norma se encontra nas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII a partir do momento em que se reconheceu a existência de direitos imanes ao homem oponíveis ao Estado. Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, notadamente no direito de polícia. Mello (2015, p. 114) apresenta o entendimento de que o princípio da proporcionalidade, nada mais é, que uma especificidade do princípio da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade pode ser subdividido em três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes; o princípio da necessidade trás na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim (CANOTILHO, 2003, apud, MELLO, 2015, p. 114).

O princípio da segurança jurídica reside no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal¹⁶ que impede que lei possa retroagir para afetar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Oliveira (2017, s.p.) determina que a aplicação do princípio da segurança jurídica compreende dois sentidos, objetivo, que consiste na estabilização do ordenamento jurídico, tendo em vista a necessidade de se

¹⁶ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis] **XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

respeitarem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e subjetivo, relacionado à proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

O princípio do contraditório e da ampla defesa encontram-se fundamentados de forma expressa na Constituição Federal, no artigo 5º inciso LV, onde prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Alves (2001 *apud* VELOSO JÚNIOR, 2010, s.p.) expõe que “O contraditório é o momento em que o acusado enfrenta as razões postas contra ele. A ampla defesa por sua vez é a oportunidade que deve ter o acusado de mostrar suas razões. No contraditório, o acusado procura derrubar a verdade da acusação e na ampla defesa ele sustenta a sua verdade”.

Alexandrino (2017, p. 229) apresenta o princípio da indisponibilidade do interesse público como um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo juntamente com o princípio da supremacia do interesse público. Dessa norma derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Tais restrições decorrem, exatamente, do fato de não ser a administração pública responsável pela coisa pública, e sim mera gestora de bens e interesses alheios. Mello (2015, p. 76) reconhece como indisponibilidade dos interesses públicos, no sentido de que o interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Mello (2015, p.98) apresenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio geral de Direito inerente a qualquer membro da sociedade. É a própria condição de sua existência. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Como forma de fundamentação dessa norma jurídica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

estabelece algumas aplicações concretas especificamente e pertinentes à atuação da administração pública, conforme exposto nos institutos da desapropriação e da requisição, nos quais é evidente a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

4 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO FLÂMULA ORIENTADORA DO AGIR ADMINISTRATIVO.

Cunha (2011, s.p.) reconhece a existência de conflitos de interesses no direito administrativo, o que se refere os direitos individuais, colocando em confronto dois aspectos opostos, a autoridade da Administração Pública, que tem como função o exercício dos direitos individuais ao bem-estar coletivo; e a liberdade individual. Mello (2015, p. 842) afirma que é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

A supremacia do interesse público sobre o interesse particular “é princípio indicador, que a Administração deverá atuar todas as vezes que algum direito individual entrar em rota de colisão com o interesse público, fazendo prevalecer, por certo, o direito de maior alcance social” (SANTOS, 2012, p. 741). O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é considerado basilar para o direito administrativo, sendo de grande relevância como pressuposto para a imposição da ordem social.

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los (MELLO, 2015, p. 99).

Alexandrino (2017, p. 227) demonstra que o princípio da supremacia do interesse público embora seja um princípio implícito e não se encontre enunciado no texto constitucional, ele é decorrência das instituições adotadas no Brasil, presumindo-se que toda atuação do Estado tenha como objetivo atender ao interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição Federal de 1988 e das leis especiais, manifestações da "vontade geral". Justen Filho (2014, p. 150) interpreta o princípio da supremacia do interesse público no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses particulares de cada indivíduo não podem prevalecer sobre o interesse de toda uma coletividade.

Para entender de forma completa a importância da observância do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, faz-se necessário compreender o significado de interesse público, uma vez que atender a essa demanda é o objetivo principal da administração pública. Silva (2012, s.p.) estabelece que inicialmente se atribuiu o interesse público ao Estado por ser público, compreendendo, que todo o interesse público seria estatal e todo o interesse estatal seria público, entendimento este incompatível com a Constituição, uma vez que o Estado existe para atender as precisões coletivas e é aparelho de consumação dos interesses públicos. O interesse público pode ser dividido em duas categorias:

- a) interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica); e
- b) interesse público secundário: é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes público e ao patrimônio público. (OLIVEIRA, 2017, s. p.)

Mello (2015, p. 59) demonstra que ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse pessoal, isto é, ao interesse específico de cada um, no entanto, interesse público se constitui no interesse em comum entre todos os membros da sociedade, não podendo entender que o interesse social consiste no somatório dos interesses próprio. Oliveira (2017, s.p.) afirma que com a relativa comparação entre o público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade da sociedade atual, entre outros fatores, vêm ganhando força a ideia de "desconstrução" do princípio da supremacia do interesse público em abstrato. Parcela da doutrina sustenta a inexistência de supremacia abstrata do interesse público sobre o privado, exigindo a ponderação de interesses para resolver eventual conflito:

- a) o texto constitucional, em diversas passagens, partindo da dignidade da pessoa humana, protege a esfera individual, não sendo lícito afirmar, a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais, a existência de uma prevalência em favor do interesse público;
- b) indeterminabilidade abstrata e objetiva do "interesse público", o que contraria premissas decorrentes da ideia de segurança jurídica;
- c) o interesse público é indissociável do interesse privado, uma vez que ambos são consagrados na Constituição e os elementos privados estariam incluídos nas finalidades do Estado, como se percebe, *v.g.*, a partir da leitura do preâmbulo e dos direitos fundamentais; e
- d) incompatibilidade da supremacia do interesse público com postulados normativos consagrados no texto constitucional, notadamente os postulados da proporcionalidade e da concordância prática (OLIVEIRA, 2017, s.p.).

Oliveira (2017, s.p.) estabelece que são concebidos ao poder público mecanismos para que, ao desenvolverem suas atribuições, alcancem o interesse público, o chamado poder administrativo, sendo que o poder administrativo pode ser dividido em quatro espécies: regulamentar, de polícia, disciplinar e hierárquico.

Di Pietro (2014, p. 92) apresenta o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo, sendo este,

competência do Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução. Meirelles (*apud* MAFRA, 2005, s.p.) conceitua que regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo, por meio de decreto, visando a explicar modo e forma de execução da lei ou prover situações não disciplinadas em lei.

Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para organizar e distribuir as funções de seus órgãos, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. Meirelles (*apud*, MAFRA, 2005, s.p.) diz que o poder hierárquico tem por objetivo, ordena as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes do Poder; coordena, entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; controla, velando pelo cumprimento da lei e das instruções e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor; corrige os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores pelos atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.

O poder disciplinar é aquele utilizado pela Administração pública simplesmente para o controle do desempenho das funções e a conduta de seus servidores, responsabilizando-os pelas possíveis faltas cometidas. Alexandrino (2017, p. 279) afirma que quando a administração aplica uma sanção disciplinar a um agente público, essa atuação decorre retamente pelo poder disciplinar e indiretamente do poder hierárquico. O poder disciplinar possibilita à administração pública, punir internamente as infrações funcionais de seus servidores; e punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados mediante algum vínculo jurídico específico.

No intuito de limitar o direito individual a administração pública utiliza o poder de polícia. A administração pública exerce poder de polícia sobre todas as

condutas ou situações particulares que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade. Caetano (2010, apud, MACHADO, 2016, s.p.) define esse poder como o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir. Di Pietro (2014, p. 121) apresenta que o poder de polícia é aquele em que se colocam em confronto esses dois aspectos, em um momento, o cidadão querendo exercer plenamente os seus direitos; e em outro, a Administração tendo por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia.

Mello (2015, p. 846) conceitua o poder de polícia sob a ótica de dois sentidos: sentido amplo, onde entende-se por poder de polícia a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos e um sentido estrito relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas, do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Rosa (2005, apud, PENA, 2007, s.p.) afirma que o Poder de Polícia é uma atribuição conferida à Administração de impor limites ao exercício de direitos e de atividades individuais em função de interesse público primário. Também chamado de Polícia Administrativa, é decorrência da supremacia do interesse público em relação ao interesse do particular, resultando limites ao exercício de liberdade e propriedade deferidas aos particulares.

Alexandrino (2017, p. 291) apresenta a concepção de que a aceção ampla de poder de polícia, abrangendo não só as atividades, exercidas pela administração pública, de execução e de regulamentação das leis em que ele se fundamenta, mas também a própria atividade de edição dessas leis, desempenhada pelo Poder Legislativo. Em sentido restrito, o poder de polícia não inclui a atividade legislativa,

mas, tão somente, as atividades administrativas de regulamentação e de execução das leis que estabelecem normas primárias de polícia.

Cunha (2011, s.p.) defende que tal poder consistia na atividade estatal que demarca o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança. Atualmente, o conceito moderno vislumbra que o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em fixar limites ao exercício dos direitos individuais em prol do interesse público. Conceito previsto no artigo 78 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 que dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966)

Alexandrino (2017, p. 295) expõe que o poder de polícia administrativa pode ser exercido de duas formas, preventiva ou repressivamente. De maneira preventiva, o poder público estabelece normas que limitam ou condicionam o exercício das atividades privadas que possam afetar a coletividade, exigindo que do particular a anuência da administração pública mediante alvarás, demonstrando, que no exercício de suas atividades, o particular atende os requisitos exigidos para a prática das atividades que devam ser objeto de controle pelos órgãos administrativos. E a atividade repressiva de polícia administrativa, consiste na aplicação de sanções administrativas como consequência da prática de infrações pelo particular. Verificando a existência de irregularidades, a autoridade administrativa deverá lavrar

o auto de infração pertinente a sanção aplicada. A imposição da sanção de polícia pela administração é ato autoexecutório, ou seja, para aplicar a sanção a administração não necessita da interferência prévia do Poder Judiciário.

Di Pietro (2014, p. 125) afirma que, no exercício de sua função, a administração pública almeja impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade, mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

Cunha (2001, s.p.) afirma que o poder de polícia exercido pelo Estado pode incidir na área administrativa e na judiciária. A polícia administrativa objetiva a manutenção da ordem pública geral, com a função é impedir que o comportamento do indivíduo cause prejuízos para a coletividade. O poder de polícia administrativa protege, valores como a de segurança pública; de ordem pública; de tranquilidade pública; de higiene e saúde públicas; estéticos e artísticos; históricos e paisagísticos; riquezas naturais; de moralidade pública; economia popular.

Justen Filho (2014, p. 590-591) define a polícia judiciária como a atuação de modo conexo do Poder Judiciário, no sentido de buscar prevenir e reprimir a ocorrência de eventos indesejáveis relacionados à competência jurisdicional. Assim, a ocorrência de um crime desencadeia atividades de persecução penal, que são desempenhadas em grande parte por meio de autoridades administrativas que exercitam atividade de polícia judiciária. Como regra, a polícia judiciária se preocupa em cumprir as determinações de autoridades judiciárias, em evitar a ocorrência de ilícitos ou em adotar providências destinadas a identificar a consumação e a autoria de ilícitos penais ou administrativos.

Meirelles (1998, p. 109) apresenta em relação a competência para exercer o poder de polícia é, a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria. Na verdade, “os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à

polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal”.

Carvalho Filho (s.p.) afirma que a competência do exercício do poder de polícia é constitucionalmente fixa as linhas básicas do poder de regulamentação das pessoas federativas a Lei nº 12.587, de 3.1.2012, que preceitua ser atribuída, à União a prestação, diretamente, ou por delegação ou gestão associada, dos serviços de transporte público interestadual e internacional de caráter urbano; ao Estado a prestação dos mesmos serviços coletivos urbanos intermunicipais; e ao Município a mesma prestação, quando se tratar de serviço de transporte urbano intramunicipal. A mesma lei, porém, admite a alteração dessas competências no caso de gestão associada, em que uma pessoa federativa pode, por delegação, operar o serviço de competência de outra.

5 CONCLUSÃO

Com isso, entende-se que no exercício de sua função, a administração pública almeja impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade, mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

A Constituição Federal apresenta muitos institutos protetores do interesse público, estabelecendo princípios explícitos e implícitos no texto constitucional e trabalhados pela doutrina como primordiais para o alcance do bem-estar comum. Admite-se restrição ao direito fundamental de propriedade, em vista de atender o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e pelo fato de coexistir interesses de outros membros da sociedade de igual natureza, o legislador constituinte condiciona o direito de proprietário de bem particular com o exercício da função social exigida pela propriedade, podendo ter seu direito de dono restringido

pelo poder público. Sendo ainda que mesmo exercendo todas as exigências da função social da propriedade, poderá ainda sobre limitações de poder de proprietário impostos pela Administração pública visando o bem-estar da coletividade.

Em relação a competência para exercer o poder de polícia, a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria. Na verdade, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ANDRADE, Tobias de Oliveira. Princípios constitucionais do Direito Administrativo. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11668&revista_caderno=4>. Acesso em 27 ago 2017.

BAHIA, Flavia. **Descomplicando o Direito Constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 ago. 2017.

_____. **Decreto lei nº 200**. Promulgado em 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 ago. 2017.

_____. **Lei nº 9.734**. Promulgada em 29 de janeiro de 1999. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 ago. 2017.

_____. **Lei nº 5.172**. Promulgada em 25 de outubro de 1966. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 set 2017.

CAMPOS, Danielle Maciel. **Do princípio da impessoalidade; conceituações doutrinárias e a importância de sua aplicabilidade.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39703&seo=1>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo- SP: Atlas, 2017.

CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. **Poder de Polícia: Discricionariedade e limites.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8930>. Acesso em set 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** - 27 ed. São Paulo- SP: Atlas, 2014.

_____. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. In: SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de direito administrativo.** Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2012.

DRAGO, Guilherme Dettmer, SILVA, Bruna Thaís da; SIMSEN, Franciele Simon. **Princípios norteadores da administração pública.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigo_leitura_id=12001>. Acesso em 24 ago 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo.** 10 ed. São Paulo- SP, revistas dos tribunais LTDA, 2014.

MAFRA, Francisco. **Poderes da Administração: hierárquico, disciplinar, regulamentar, e de polícia. Poder de polícia: conceito. Polícia judiciária e polícia administrativa.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=803>. Acesso em 02 de set 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 23. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandejas. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev.at. São Paulo- SP: Malheiros, 2015.

MELO, Wellington Ferreira de *et all*. **Conceitos, funções e princípios da Administração Pública e suas relações com a Lei de Responsabilidade Fiscal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13653>. Acesso em 20 ago 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PENA, Elis Helena. **Dos poderes administrativos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1666>. Acesso em 02 de set 2017.

REK, Marcos. **Os modelos de Administração Pública e reflexos à qualidade na gestão administrativa Brasileira**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14742>. Acesso em ago 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2012.

SANTOS, Lucas Leonardo Souza. **O Princípio da Razoabilidade no Direito Administrativo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10456&revista_caderno=4>. Acesso em 30 ago 2017.

SILVA, Guilherme de Abreu e. **A reconfiguração do conceito de interesse público à luz dos direitos fundamentais como alicerce para a consensualidade na administração pública**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11624>. Acesso em ago 2017.

STAFORD, Aline André e Silva *et all.* **Autarquias e demais entidades da administração indireta.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008.

Disponível em

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5299&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 24 ago 2017.

TORRENT, Paulo Timponi. **Apontamentos básicos acerca das entidades da Administração Indireta.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3480, 10 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23376>>. Acesso em 25 ago. 2017.

TORRES, Michell Laureano. **A divisão da competência legislativa entre os entes federados.** *Conteudo Juridico*, Brasilia-DF: 06 jun. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48447&seo=1>>. Acesso em 23 ago. 2017.

VELOSO JÚNIOR, José Ribamar. **O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497)>. Acesso em 01 set 2017.

XIMENES, Ivana Karla. **O Princípio da Legalidade na Administração Pública.**

Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 17 out. 2012. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40060&seo=1>>. Acesso em 28 ago. 2017.

LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA EM PAUTA: UMA ANÁLISE CONTEXTUALIZADA À LUZ DA REALIDADE DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO ITABAPOANA-RJ

Ruth Roeles Campos¹⁷
Tauã Lima Verdán Rangel¹⁸

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar os requisitos da limitação administrativa como exercício da intervenção do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu competências entre os entes federados no que se refere as restrições de utilização das propriedades privadas com intuito de melhor atender o interesse público e o bem-estar social, por meio de uma revisão bibliográfica. Destacando concepções atuais concernentes ao tópico em comento.

Palavras-chave: Intervenção do Estado. Limitação Administrativa. Restrições do Poder Público Municipal.

1 INTRODUÇÃO

O Estado impõe restrições e condicionamentos razoáveis à propriedade alheia para atender o interesse público. Essa limitação consiste na restrição às faculdades de usar e fruir de bem imóvel, que dá configuração ao direito privado de propriedade, mediante ato administrativo uni lateral de cunho geral. A intervenção estatal na

¹⁷ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana; ruthroeles@gmail.com;

¹⁸ Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

propriedade é fruto do exercício do poder de polícia do Estado e é justificada por dois argumentos: a) cumprimento da função social da propriedade; e b) satisfação do interesse público.

Embora a limitações administrativas imponha deveres de abstenção, não se objetiva por meio delas captar do particular atuações positivas, tendo em vista que a Carta Magna em seu art. 170, III¹⁹, impõe o princípio da função social da propriedade, que na conformidade do art. 5º , XXIII, cumprirá sua função social, em cujo nome o proprietário é obrigado a prepor seu imóvel a uma função socialmente útil, seja em área urbana, seja em área rural.

A intervenção do Estado no direito de propriedade decorre do princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Com o intuito de limitar direitos individuais, na busca da satisfação de necessidades coletivas, o ente estatal poderá restringir o exercício das atividades privadas na propriedade ou, até mesmo, retirá-la do particular, desde que devidamente justificada a conduta estatal. A limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral aos proprietários, em benefício do interesse comum entre os outros membros da sociedade, afetando o poder de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver constitucionalmente assegurado ao dono.

As limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima, sendo, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo Poder Público. E precisamente esta é a razão pela qual não as limitações administrativas à propriedade não possuem caráter indenizatório. A limitações administrativas, assim como as demais modalidades de intervenção estatal na propriedade, possuem como principal objetivo atender o cumprimento da função social e na satisfação do interesse público. Trata-se do

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2017. **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;

exercício regular do poder de polícia estatal, com a estipulação de restrições e condicionantes à propriedade alheia.

A limitações administrativas, o Poder Público não pretende impedir qualquer obra ou serviço público, mas sim condicionar as propriedades à verdadeira função social que delas é exigida, ainda que em detrimento dos interesses individuais dos proprietários.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE COMO MANIFESTAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Alexandrino (2017, p. 1.119) afirma que entre os séculos XVIII e XIX, a Constituição Federal, viveu-se a hegemonia do liberalismo, que, no campo econômico, apregoava as virtudes da mais ampla liberdade privada para cuja consecução impor-se-ia a quase total ausência de intervenção do Estado na economia e na propriedade. A rigor, o direito de propriedade era considerado, pela doutrina liberal clássica, praticamente um direito absoluto. No entanto, com a evolução da legislação o direito individual de propriedade perdeu a sua supremacia e passou a ceder lugar, em muitos casos, ao interesse social. Mello (2015, p. 842) exibiu que não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito, as limitações são direcionadas ao exercício de liberdade e propriedade.

Carvalho (2017, p. 1000) estabelece o entendimento de que o ente público, no exercício da função administrativa, pode exercer o poder de polícia, limitando o exercício de direitos individuais, bem como o uso, gozo e disposição da propriedade, na busca do interesse da coletividade, seguindo o estabelecido pelo artigo 78²⁰ do

²⁰ BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Promulgada Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 set. 2017. Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

Código Tributário Brasileiro. Embora, todo e qualquer cidadão tenha esses direitos sobre sua propriedade particular, o Estado pode intervir no domínio dessa propriedade em nome do interesse popular, reprimindo assim o direito individual do proprietário, em relação à intervenção, José dos Santos Carvalho Filho, defende o seguinte entendimento:

De forma sintética, podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada. Extrai-se dessa noção que qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a Administração (CARVALHO FILHO, 2014, p.813)

Oliveira (2017, s.p.) apresenta que o Estado possui a prerrogativa de impor restrições e condicionamentos razoáveis à propriedade alheia para atender o interesse público. O direito de propriedade, assim como os demais direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ainda que a propriedade atenda a função social, é possível a intervenção estatal para restringi-la ou condicioná-la de modo a satisfazer o interesse público. No entanto, apenas a propriedade que atende a função social delineada pelo ordenamento jurídico tem status de direito fundamental. Dessa forma, o descumprimento da função social acarreta a aplicação de sanções ao particular, admitindo-se, inclusive, a retirada forçada da propriedade.

Carvalho (2017, p. 1001) determina que em qualquer eventualidade, é inquestionável que a intervenção do Poder Público no direito de propriedade origina-se do princípio básico da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Sendo assim, em virtude da possibilidade de limitar direitos individuais, na busca da

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder

satisfação de necessidades coletivas, o ente estatal poderá restringir atividades particulares de uso da propriedade ou, até mesmo, retirá-la do particular, desde que devidamente justificada a conduta estatal, pois, em algumas situações, o particular não utiliza o bem garantindo a sua função social, nestes casos, o ente público poderá promover intervenções, como forma de adequar o uso do bem ao interesse público.

Mello (2015, p. 814) estabelece que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mantém uma grande preocupação em preservar os bens jurídicos relacionados ao domínio econômico e social, tanto que os mencionou em diferentes qualidades ou funções. Assim, o empenho em relação à realização da justiça social fez com que comparecesse tanto como princípio da ordem econômica estabelecido pelo artigo 170, onde impõe que “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” (BRASIL, 1988), quanto da ordem social encontrado no artigo 193, expondo que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988).

Furtado (2016, p. 611) apresenta o entendimento de que as atividades administrativas, estabelecidas pelos artigos 173 e 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹, observam as regras do mercado, a partir dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, são admitidas duas modalidades básicas de interferência estatal, a direta que ocorre por meio da criação de empresas públicas e de sociedades de economia mista, intervenção estatal direta onde somente pode ocorrer em caráter excepcional e em situação de subsidiariedade à iniciativa privada; e a indireta onde o Estado exercerá suas funções de forma planejada, não

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 set. 2017. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

sendo possível ao Estado utilizar qualquer instrumento de intervenção indireta ou exercer qualquer atividade sem que tenha havido o necessário planejamento.

Oliveira (2017, s.p.) estabelece os principais meios de intervenção estatal na economia, primeiramente o planejamento e disciplina, que pode ser conceituado como a programação que tem por propósito selecionar objetivos; em seguida a regulação, que pode ser dividida em três sentidos, a) sentido amplo: que engloba tanto a atuação direta do Estado como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas; b) sentido intermediário: equivale ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada; c) sentido restrito: regulação seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo; posteriormente o fomento definido como incentivos estatais, que induzem ou condicionam a prática de atividades desenvolvidas, com o intuito de satisfazer o interesse público; logo a repressão ao abuso do poder econômico onde a Lei Maior reprime o abuso do poder econômico, elimina a concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; por fim a exploração direta da atividade econômica sendo livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização estatal, salvo nos casos previstos em lei.

Pantoni (2011, s.p.) conceitua o princípio da livre concorrência consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se aperfeiçoam as condições de competitividade das empresas, forçando-as ao constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos. A livre iniciativa é definida por ser a projeção da liberdade individual no plano da economia, ou seja, plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, bem como a utilização dos meios mais apropriados à consecução dos fins desejados.

Varella (2010, s.p.) afirma que com o desenvolvimento das atividades empresarias e diante da necessidade de coibir a prática de abuso do poder econômico e concorrência desleal, o legislador preocupou-se em garantir a proteção do trabalho humano e a preservação da dignidade da pessoa humana. A valorização do trabalho

humano consiste em legitimidade da ordem construída sobre um empenho constante e permanente em promover a dignidade do trabalho do homem no desenvolvimento e progresso de uma atividade econômica.

Mello (2015, p. 836) disserta sobre a ordem social, afirmando que esta encontra-se estabelecida pelo artigo 193 da Lei Maior, com o seguinte texto, “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988). Demonstrando claramente que para o legislador o objetivo primordial é o atendimento da Justiça social e a prioridade não é a satisfação dos interesses do capital, mas os interesses do trabalho.

Furtado (2016, p. 613) afirma que independentemente da maneira de intervenção utilizada pelo Poder Público na ordem econômica, dois aspectos devem ser observados no que diz respeito à postura a ser adotada pelo Estado no processo de intervenção: a subsidiariedade da intervenção estatal em relação aos agentes privados; e a necessidade de cooperação entre os diversos agentes, públicos e privados, que atuam na ordem econômica. A intervenção do Poder Público é um dos mecanismos que o Estado se utiliza para prevalecer o direito do interesse público sobre o particular quando necessário para atender ao bem estar comum se o proprietário não respeitar a função social, o Estado detém o poder jurídico de nela intervir e até de suprimi-la, se esta providência se necessário for para ajustá-la aos fins constitucionais assegurados.

Alexandrino (2017, p. 1121) entende que o Estado dispõe de uma grande quantidade de instrumentos jurídicos passíveis de utilização para o cumprimento do seu dever constitucional de assegurar que a propriedade cumpra a sua função social. Em geral, esses instrumentos implicam limitações ou condicionamentos ao exercício dos poderes inerentes ao domínio, hipóteses a que a doutrina se refere como "intervenção restritiva". Especificamente no caso da desapropriação, entretanto, não se tem apenas uma limitação, e sim a perda da propriedade, que é transferida, de regra, para o domínio público. A desapropriação, por esse motivo, é classificada como "intervenção supressiva".

Carvalho Filho (2014, s.p.) entende que podem ser admitidas duas formas básicas de intervenção do Poder Público, considerando a natureza e os efeitos desta em relação à propriedade em intervenção supressiva, que é tida quando o Estado, valendo-se da supremacia que sobre o particular, transfere para si a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei. E em seguida a intervenção restritiva que é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem afasta-la de seu dono, no entanto, não poderá utilizá-la para fins particulares, devendo obedecer às restrições estabelecidas pelo Poder Público, e como obrigação conservar a propriedade em sua esfera jurídica. Podendo ser exercida nas modalidades de servidão administrativa; a requisição; a ocupação temporária; as limitações administrativas; o tombamento.

Oliveira (2017, s.p.) apresenta que as intervenções do Poder Público sobre a propriedade privada podem ser divididas em duas categorias, sendo a primeira a intervenções restritivas ou brandas, quando o Estado impõe restrições e condições à propriedade, sem retirá-la do seu titular, podendo esse ser dividido pelas seguintes espécies: servidão, requisição, ocupação temporária, limitações e tombamento; a segunda, intervenções supressivas ou drásticas, onde o Estado retira a propriedade do seu titular originário, transferindo-a para o seu patrimônio, com o objetivo de atender o interesse público, a efetivação dessa intervenção ocorre por meio das diferentes espécies de desapropriações.

Alexandrino (2017, p. 1122) conceitua servidão administrativa como o direito real público que autoriza o Poder Público a usar da propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo, sendo três, as características fundamentais deste instituto: ônus real, incidente sobre um bem com a finalidade de permitir uma utilização pública. Di Pietro (2014, p. 143) estabelece os pressupostos da requisição administrativa, sendo um procedimento unilateral e autoexecutório, pois independe da concordância do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário; é em regra oneroso, sendo a indenização creditada posteriormente. Mesmo em tempo de paz, só se justifica em caso de perigo público iminente.

Mello (2015, p. 934) discrimina o conceito a modalidade de intervenção estadual, o tombamento, como a intervenção administrativa na propriedade pela qual o Poder Público remete determinados bens à sua perene conservação para preservação dos valores culturais ou paisagísticos neles encarnados. Seguidamente define a desapropriação como o procedimento pelo qual o Poder Público, fundamentado no interesse social, retira alguém de um bem certo, normalmente adquirindo para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.

Santos (2012, p. 751) trata a ocupação temporária como uma forma de limitação do Estado sobre propriedade privada que se caracteriza pela utilização transitória, gratuita ou remunerada, de imóvel de propriedade particular, com o intuito de atender o interesse público. A instituição da ocupação temporária tem por objetivo possibilitar ou simplesmente facilitar a execução de obras e serviços públicos, permitindo para tanto a utilização provisória de, normalmente, parcelas de imóveis particulares. Posteriormente constitui o instituto da limitação administrativa como uma das modalidades de intervenção restritiva, que têm por objeto bens específicos, individualizados, as limitações administrativas alcançam de uma só vez inúmeros bens, pois são impostas genericamente a todos os proprietários que se encontrem enquadradas em situações previamente estabelecidas em lei.

3 LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA EM DISCUSSÃO: CONTORNOS CONCEITUAIS E CARACTERIZADORES

Oliveira (2017, s.p.) conceitua as limitações administrativas como restrições estatais estabelecidas por atos normativos à propriedade, que acarretam obrigações negativas e positivas aos respectivos proprietários, com o objetivo de atender a

função social da propriedade as limitações delimitam o perfil do direito de propriedade, pois a propriedade somente será considerada direito fundamental se atender à função social que será estabelecida por meio de atos normativos. Quando efetivada após a aquisição da propriedade, a limitação é considerada modalidade de intervenção branda.

Di Pietro (2006, p. 145) define limitação administrativa como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, onde o Estado, no exercício de sua soberania, intervém na propriedade privada, visando o bem-estar social. Hely Lopes Meirelles apresenta o conceito de limitação administrativa como toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. Derivam do poder de polícia e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva, negativa ou permissiva.

Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.

As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade. (MEIRELLES, 2006, p. 601).

Uma característica significativa da limitação administrativa é a gratuidade, e nesse sentido apresenta Carvalho Filho (2014, p.813): “Sendo imposições de caráter geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. [...] Não há sacrifícios individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta”. Santos (2012, p.756)

demonstra que as principais características das limitações administrativas, “as limitações administrativas são instituídas através de leis ou atos normativos de caráter geral; têm caráter de definitividade; o motivo das limitações administrativas é constituído por interesses públicos abstratos; ausência de indenizabilidade”.

Alexandrino (2017, p. 1130) define as características encontradas na conceituação da limitação administrativa em relação às demais modalidades de intervenção estadual. Inicialmente apresenta a característica de ser atos legislativos ou administrativos de caráter geral, quando, todas as demais formas interventivas decorrem de atos singulares, com indivíduos determinados; seguidamente apresenta caráter de definitividade, sendo semelhante ao das servidões, mas diverso da natureza da requisição e da ocupação temporária; seguidamente a finalidade das limitações administrativas é vinculado a interesses públicos abstratos, sendo que nas demais formas interventivas, o objetivo é sempre a execução de obras e serviços públicos específicos; por fim, a ausência de indenização, nas outras formas, pode ocorrer indenização quando há prejuízo para o proprietário.

Carvalho Filho (2014, p. 843) constitui, os aspectos de grande relevância para se definir a natureza jurídica da limitação administrativa, inicialmente devem ser observados os atos exercidos pelo Poder Público que impõem as obrigações, aos proprietários no sentido das limitações e devem ser estabelecidos por leis ou por atos administrativos normativos. Serão eles sempre gerais, pois, as limitações se destinam a um grupamento de propriedades em que é dispensável a identificação. Em seguida outro aspecto relevante consiste na distinção que alguns doutrinadores fazem sobre limitação e restrição do direito. A restrição refere-se ao exercício em si das faculdades inerentes ao conteúdo do direito; a limitação, integra o próprio direito de propriedade tendo sua dimensão jurídica condicionada pelas várias limitações impostas no ordenamento jurídico.

Medeiros (2015, s.p.) expõe características da limitação administrativa, onde essa deve ser geral e direcionada a propriedades indeterminadas. Para situações particulares que conflitem com o interesse público, não deve ser empregada a

limitação administrativa pelo Poder Público pois, possuem a característica de gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da coletividade. As restrições podem atingir não só a propriedade imóvel e seu uso como quaisquer outros bens e atividades particulares que possuem relação com o bem-estar social, com os bons costumes, com a segurança e a saúde da coletividade, com o sossego e a higiene da cidade e até mesmo com a estética urbana.

Carvalho (2017, p. 1041) determina que pelo fato de a limitação administrativa impor restrições caráter normativo e geral a propriedades indeterminadas, a princípio, não geram danos específicos; logo, não ensejam o dever de indenização do proprietário do bem, sendo assim, mera restrição aplicável a todas as propriedades, não havendo a configuração de prejuízo individual de determinado patrimônio.

Carvalho Filho (2012, s.p.) esclarece que em relação à competência para proceder à intervenção na propriedade, faz necessário distinguir a natureza da forma interventiva primeiramente. A Constituição é a fonte para tal atividade, que em diversos momentos termina a partilha de competências entre as pessoas federativas. A competência para legislar sobre direito de propriedade, desapropriação e requisição é da União Federal²². Diferentemente é tratada a competência para legislar sobre as restrições e os condicionamentos ao uso da propriedade, essa é direcionada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, tudo em conformidade com o sistema de divisão de atribuições estabelecido na Constituição.

Marcelo Alexandrino (2017, p.1128) comenta sobre a competência na estipulação da restrição das atividades individuais sobre a propriedade ao afirmar que “as limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das três entidades estatais, por se tratar

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 set. 2017. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

de matéria de Direito Público, da competência federal, estadual e municipal”. Reforçando a competência na imposição da limitação, o doutrinador Mário Sergio dos Santos, trata da seguinte maneira:

As limitações administrativas podem ser instituídas por qualquer das pessoas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a depender do rol de competências constitucionais de cada uma delas, mas sempre através de lei ou ato normativo de caráter geral. Assim, se houver uma limitação administrativa no Plano Diretor de determinado Município, todos os imóveis situados na área urbana do referido Município deverão observar a limitação legal, inclusive aqueles pertencentes às demais pessoas políticas. (SANTOS, 2012, p. 755)

Carvalho (2017, p. 1040) esclarece o fato de que o Município deverá elaborar uma lei que discrimine quais áreas municipais se sujeitarão a restrições, tomando por base que o direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental ou proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Nestes casos, a lei poderá determinar a incidência do direito por, no máximo, cinco anos. Após este prazo, somente se admitirá nova lei instituindo o direito de preempção sobre a mesma área depois de respeitado o prazo de um ano de carência.

Alexandrino (2017, p. 1120) afirma que em relação as políticas públicas, o legislador expressamente determinou o atendimento da função social da propriedade privada urbana estabelecida pelo plano diretor municipal, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece em seu artigo 182, § 2.º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL, 1988).

Não sendo a função social da propriedade privada atendida, a própria Lei Maior confere ao município poderes de intervenção na propriedade particular, a fim de obrigar o proprietário a providenciar a sua adequada utilização.

4 ESPÉCIES DE OBRIGAÇÕES ADVINDAS DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Di Pietro (2014, p. 133) informa que a atividade restritiva estatal começou a ser exercida por meio do poder de polícia, que consiste em um o instrumento no qual é assegurado o interesse da coletividade, mediante a restrição dos direitos individuais que com ele colidem. No entanto, o poder de polícia sofreu uma vasta modificação, no que se refere a maneira de aplicação de suas atividades restritivas, enquanto originariamente somente justificava a imposição de obrigações de não fazer, passou, com o tempo, a impor obrigações de fazer, ou seja, a impor o dever de utilizar o bem.

Medeiros (2015, s.p.) afirma que a limitações administrativas derivam do poder de polícia da Administração e se firmam na imposição de obrigações aos particulares no exercício de seus direitos de proprietários com a finalidade de assegurar que a propriedade atenda sua função social, sendo essas, obrigações de fazer ou positivas, onde o particular fica adstrito a realizar o que a Administração lhe impõe, seguidamente a obrigações de deixar de fazer ou obrigações negativas, na qual deve o proprietário abster-se do que lhe é vedado, por fim as obrigações de não fazer ou de permitir, nessas o particular deve permitir algo em sua propriedade.

Carvalho Filho (2015, p. 833) apresenta que por meio das limitações administrativas o Poder Público impõe aos proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social. Tendo como exemplo de obrigação positiva aos proprietários a que impõe a limpeza de terrenos ou a que impõe o parcelamento ou a edificação compulsória. Em relação às obrigações negativas, tem-se o caso da proibição de construir além de determinado número de pavimentos. Por fim, a obrigações permissivas, onde o proprietário tem que tolerar a ação administrativa,

tendo como exemplo a permissão de vistorias em elevadores de edifícios e ingresso de agentes para fins de vigilância sanitária.

Di Pietro (2014, p. 133) diferencia as obrigações positivas e negativas, como aspectos a serem observados ao tratar do poder de polícia e interpretam da função social, em relação ao aspecto negativo, a função social abrange as limitações impostas ao exercício da propriedade com os mais diversos objetivos, segurança, saúde, economia popular, proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional; sob o aspecto positivo, estabelece a obrigação de fazer, sendo essa, o dever de utilização da propriedade.

Alexandrino (2017, p. 1131) apresenta alguns exemplos da atividade restritiva de limitações administrativas do Estado sobre a propriedade privada urbana, tendo assim, a obrigação de observar o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos; a proibição de desmatamento de parte da área de floresta em cada propriedade rural; obrigação imposta aos proprietários de efetuarem limpeza de terrenos ou a que impõe o parcelamento ou a edificação compulsória do solo; proibição de construir além de determinado número de pavimentos.

Carvalho Filho (2015, p. 833) apresenta como mais uma forma de limitação administrativa de natureza urbanística, o direito de preempção municipal, no qual estabelece ao Município preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. Sendo que o exercício desse direito depende de lei municipal, prevista no plano diretor, onde delimite as áreas em que poderá incidir o direito. Ademais, o prazo de vigência do direito não pode ser superior a cinco anos, embora possa ser renovado a partir de um ano após o prazo inicial de vigência conforme previsto no art. 25, § 1º, da Lei 10.257 de 2001.

Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

§ 1º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não

superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

§ 2º O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do § 1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel. (BRASIL, 2001)

Carvalho Filho (2015, p. 834) destaca, ainda, a limitação referente ao estudo de impacto de vizinhança, previsto no art. 36 do Estatuto das Cidades, “Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção”. O legislador atribuiu à lei municipal a possibilidade de definir os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana mediante análise dos efeitos positivos e negativos sobre a qualidade de vida da população local, bem como a analisar aspectos de política urbana. Cuida-se aqui de limitação que impõe obrigação de suportar a determinados proprietários, para o fim de ser preservada a ordem urbanística da cidade.

5 UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE BOM JESUS DO ITABAPOANA

Bahia (2017, p. 263) apresenta que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mediante o artigo 30²³, proporcionou aos municípios natureza de ente

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 de out. 2017. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX -

federativo autônomo, dotado da capacidade de auto governo, onde elegem os seus prefeitos e os seus vereadores; capacidade de auto-organização, firmando uma lei orgânica própria; capacidade de auto legislação, que elabora as leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar; capacidade de autoadministração, onde possui a existência de uma Administração Pública municipal própria, para manter e prestar os serviços de interesse local; por fim a capacidade de autonomia tributária e financeira, possibilitando a instituição de tributos próprios para aplicação de suas rendas.

Alexandrino (2017, p. 350) menciona que a Carta Magna estabeleceu competência aos municípios, podendo essas serem divididas de duas maneiras, inicialmente competência legislativa corresponde à competência exclusiva para legislar sobre assuntos de interesse local e à competência suplementar em relação a competência federal e estadual, no que couber; seguidamente a competência administrativa, que autoriza o município a atuar sobre os assuntos de interesse local, identificados a partir do princípio da predominância do interesse. Sendo que, no uso de competência suplementar, podem os municípios suprir as lacunas da legislação federal e estadual, regulamentando as respectivas matérias para ajustar a sua execução às peculiaridades locais. No uso dessa competência suplementar, não poderão os municípios contraditar a legislação federal e estadual existente, tampouco extrapolar a sua competência para disciplinar, assuntos de interesse local.

Ferreira (2010, s.p.) afirma que o Estatuto das Cidades, Lei 10.257 10 de julho de 2001, estabelece, entre outros, que o Plano Diretor deve conter os instrumentos urbanísticos a serem utilizados no parcelamento ou edificação compulsórios para a aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo e a desapropriação para fim de reforma urbana. Takoi (2012, s.p.) infirma que a Lei 10.257/2001 não defini a função social da propriedade privada urbana, somente com a utilização econômica, mas também exige que atenda às exigências fundamentais de

promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas inclusive as diretrizes do referido estatuto.

Alexandrino (2017, p. 963) afirma que compete ao município estabelecer a política de desenvolvimento urbano, mediante aprovação do chamado plano diretor, obrigatório para as municipalidades com mais de vinte mil habitantes, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o interesse social de seus habitantes. Nos termos do art. 182 da Lei Maior, o Poder Público municipal pode, mediante lei específica incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, o Estatuto da Cidade, que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (BRASIL, 1988).

Moraes (2014, p. 296) afirma que o município estabelecerá seu Plano Diretor, mediante o qual organizará os órgãos da Administração, a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como sua competência comum, disposta no art. 23²⁴ da Constituição Federal, e sua competência suplementar, disposta no art. 30,

²⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 de out. 2017 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e

II da Carta Magna; além de estabelecer as regras de processo legislativo municipal e toda regulamentação orçamentária. Machado (2007, *apud*, Ferreira, 2009, s.p.) conceitua o plano diretor como um conjunto de normas obrigatórias, elaborado por lei municipal específica, integrando o processo de planejamento municipal, que regula as atividades e os empreendimentos do próprio Poder Público Municipal e das pessoas físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou Público, a serem levados a efeito no território municipal.

6 CONCLUSÃO

Em relação à competência para exercer o poder de polícia, a Constituição Federal de 1988 conferiu o poder de regular a matéria. Na verdade, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal. É de competência municipal estabelecer a política de desenvolvimento urbano, mediante aprovação do chamado plano diretor, obrigatório para as municipalidades com mais de vinte mil habitantes, com o objetivo

das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o interesse social de seus habitantes. A Constituição Municipal de Bom Jesus do Itabapoana, determina os principais objetivos a serem traçados pelo município assim como a função social pretendida pela cidade.

O Plano Diretor do município de Bom Jesus do Itabapoana estabelece, as normas a serem criadas, para regulamentar o serviço público urbano, a legislação urbanística e ambiental complementar, Lei de uso e ocupação do solo urbano; Lei de parcelamento do solo urbano; Lei de Estudo de Impacto de Vizinhança; Código de Obras; Código de Posturas; Código de Meio Ambiente que apresentam algumas restrições a serem empregadas sobre as propriedades públicas e particulares.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BAHIA, Flavia. **Descomplicando o Direito Constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Mariana Carnaes. **Das políticas urbanas criadas para garantir a função social da propriedade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8166>. Acesso em 02 out 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MEDEIROS, Fabiano Saraiva. Da intervenção do estado na propriedade: Da servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitação administrativa e tombamento. *In: Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54462&seo=1>>. Acesso em: 28 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed.. São Paulo : Malheiros, 2006.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandejas. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. rev.at. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do Direito Administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 121, jul.-set. 1975, p. 16-57. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41476/40218>>. Acesso em 07 out. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2012.

A USUCAPIÃO POR ABANDONO FAMILIAR NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: A CULPA NO TÉRMINO DAS RELAÇÕES

Caroline Saturnino Chierici²⁵
Sangella Furtado Teixeira²⁶
Tauã Lima Verdán Rangel²⁷

Resumo: O presente trabalho dispõe sobre a modalidade da usucapião que foi inserida pela Lei 12.424/2011 no Código Civil, no âmbito das relações familiares com o término do vínculo, quando envolve a culpa pelo rompimento especificamente nas uniões homoafetivas. Esta modalidade da usucapião está intimamente colacionada ao Direito de família, desta forma, a proposta é desenvolver a melhor interpretação da norma, direcionando suas aplicações com análise doutrinária e jurisprudencial atinente ao assunto abordado.

Palavra-chave: Usucapião, Direito de família, Homoafetivas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Considerando que os sujeitos envolvidos nas relações familiares, não estão desempenhando alguma atividade que aluda, pela sua particularidade, risco ao direito

²⁵ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ. E-mail: damaris-sempre@hotmail.com

²⁶ Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC; Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes UCAM; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Membro do Grupo de Pesquisa: “FACES e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade do Direito”. E-mail: sangellafurtado@hotmail.com.

²⁷ Professor orientador. Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Coordenador do Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Professor dos Cursos de Direito e de Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (Multivix), unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

de outrem, a maioria das situações fáticas impetrará a prova do elemento "culpa", a teor da regra total definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC. Deste modo, o ato culposo ou doloso cometido, na esfera do instituto familiar, que tenha ocasionado dano material ou moral a um dos seus integrantes pode provocar a responsabilização civil e até penal.

Como alvo das maiores discussões a respeito do tema, porque traz igualmente a questão da culpa pelo fim do relacionamento, tem na expressão "abandonar o lar", pré-requisito da usucapião familiar. Entretanto, a culpa ora mencionada foi enterrada com a Emenda Constitucional nº 66/2010, conforme alude por Sindeauz, Fagundes e Farias (2011, p. 04), pois já "extinguiu a necessidade de causa objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) de um dos cônjuges para a decretação do divórcio".

A lei ao fazer referência às palavras casal ou companheiro, incluem-se até mesmo uniões homoafetivas. Deste modo, com aprovação do enunciado nº 500 da V Jornada de Direito Civil no qual: "a modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas" (BRASIL, 2002).

Requisito indispensável para a configuração da usucapião familiar, o abandono de lar, adicionado ao estabelecimento da moradia com posse direta (em geral) pelo outro companheiro ou cônjuge, é não possuir outro imóvel urbano ou rural. Assim, nessa modalidade de usucapião, não se pode analisar o casamento efetivado por separação total de bens, uma vez que o bem necessitará ser de propriedade dos dois parceiros ou cônjuges, onde em tal regime não possua comunicabilidade entre os bens do casal.

Em contrapartida da regra, quando o cônjuge ou companheiro estiver na posse direta do imóvel, igualmente poderá ser distinguida a usucapião familiar nos casos em que o bem está na posse de terceiro, entretanto, deve ser o imóvel de enorme valia para seu sustento ou sustento de sua família.

1DA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE "ABANDONO FAMILIAR": O RETORNO DA CULPA DO FIM DAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS E DE COMPANHEIRISMO?

A questão da permanência da culpa na dissolução da sociedade conjugal continua sendo ventilada com grande ênfase, daí a necessidade de se quebrar paradigmas e vencer pensamentos arcaicos de maneira que as relações familiares possam ser observadas pela sociedade e pelo Estado por uma nova visão, que é a do afeto. Do desafeto (culpa) para o afeto inverte-se a lógica posta no Código Civil brasileiro em se tratando de separações judiciais ou de divórcios, pois a Lei Maior expandiu o conceito de família, compreendendo que há uma diversidade dos relacionamentos humanos alinhada pelos princípios da liberdade, da intimidade, do afeto e da dignidade humana. Assim,

[...] terminando com as guerras judiciais entre os casais que não se amam mais, estaremos valorando a dignidade suprimida pelos longos processos judiciais de dissolução da sociedade conjugal, por uma ética embasada na alteridade e no amor, contrária àquela antes constituída. Sabe-se da complexidade do cotidiano familiar. Imputar culpa a um ou outro cônjuge pelo fim do relacionamento conjugal, não traz benefício ou praticidade alguma para a família, para a sociedade e até mesmo para o Estado (PRATES *et all.*, 2009, p.1).

Ainda para Prates *et all.* (2009, p. 5) com o novo Código civil brasileiro em vários de seus dispositivos “a premissa judicial de se desnudar a intimidade do outro, culpando-o pela ruptura da sociedade conjugal é embasamento jurídico para se alegar sua inconstitucionalidade (grifo nosso)” está contemplada de forma visível.

Pela Constituição Federal de 1988, o centro das relações familiares tornou-se a antítese da culpa: o afeto. Não pode o legislador acondicionar a atribuição da culpa ao fim do amor, pois a convivência entre pessoas que se amam é complexa, daí, por que provocá-la entre os que já não se amam mais? Travam-se então batalhas judiciais, que serão transferidas ao mesmo tempo para a vida pessoal dos cônjuges, o que afetará não só a eles, mas aos filhos e demais integrantes da família.

O legislador ao expor um arrolamento de motivos para que se quebre o matrimônio, a comunhão de vida, não permitindo ao casal a escolha de sua própria motivação, vem-se então esmagar o princípio da intimidade e da liberdade, com uma única ressalva que foi criada pelo parágrafo único desse artigo, o que possibilita ao juiz, então, escolher outra motivação para a dissolução da sociedade conjugal. Acrescenta Prates *et all.* (2009):

[...] O simples (ou complexo) fato de deixar de amar nem mesmo é citado como uma das possíveis prerrogativas da quebra do vínculo conjugal. Um elemento objetivo - ruptura e não mais subjetivo - culpa. Fato derivado da vontade das partes, dos princípios da liberdade e da dignidade humana.

Entretanto, a quebra de paradigmas é morosa. Uma construção moral alicerçada na culpa como fundamento para a dissolução do vínculo conjugal, a qual é senso comum há séculos não se desfaz rapidamente.

As relações afetivas não se localizam em um ato único. Fazem parte de um processo contínuo, sucessivo, portanto, torna-se impossível, ou pelo menos arriscado, saber de quem é a culpa ou de como começou o desgaste do relacionamento. Como mensurar uma culpa inicial, uma culpa final, ou uma culpa recíproca durante a convivência?

O Poder Judiciário impõe a solução, punindo quem “errou” por último, desnudando somente a culpa final, sem prospectar o que deu ensejo a este ou outro ato durante o cotidiano conjugal (PRATES *et all.*, 2009, p. 6).

A pessoa que “abandonar o lar” é considerada como culpada no fim do relacionamento e terá que arcar com a perda de sua parcela no imóvel para o outro companheiro ou cônjuge, isto é o que prescreve como requisito da usucapião familiar. Neste ponto de vista, Dias pondera:

[...] de forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos – que sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o

Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu (DIAS, 2011, p. 1).

No entanto, no Direito de Família tem-se uma ampla mudança, pois a emenda constitucional nº 66/2010 revoga o instituto da separação judicial, que até então era medida antecipatória do divórcio. No entender de Fernandes:

[...] um dos principais avanços que a nova redação traz é a extinção da separação judicial. Esta apenas dissolvia a sociedade conjugal pondo fim a determinados deveres decorrentes do casamento como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando também a partilha patrimonial. Contudo, pessoas separadas não podiam casar novamente, em razão de o vínculo matrimonial não ter sido desfeito. Somente o divórcio e morte desfazem esse vínculo, permitindo-se novo casamento (FERNANDES, 2010, p. 2).

Portanto, não se tem que buscar os motivos pelo fim da união, porque não se tem mais a atribuição da culpa ao cônjuge. Nestes termos, Sindeaux, Fagundes e Farias, em seu magistério, acrescentam que:

[...] a alteração constitucional extinguiu a necessidade de causa objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) de um dos cônjuges para a decretação do divórcio. A averiguação da culpabilidade como requisito para a decretação do divórcio era um resquício proveniente do instituto da separação, ora entendida como extinta, e que já fora minimizada pelo Código Civil de 2002, assim como pela doutrina e jurisprudência. Agora, tendo em vista que a Constituição Federal não mais impõe requisitos à sua promulgação, a não ser a intenção de rompimento da convivência por um dos parceiros, inexistente indagação sobre quem é inocente ou culpado (SINDEAUX; FAGUNDES; FARIAS, 2011, p. 04).

Por conseguinte, ressalta-se que o abandono de lar é aquele que é efetuado sem justo motivo. Para exemplificar, observa-se que é possível considerar abandono de lar esta ou aquela situação em que o marido comumente vinha agredindo sua esposa, e por consequência ela se afasta do lar. Neste episódio para a finalidade a

que se propõe a usucapião familiar, não é considerado o abandono do lar. Segundo Tartuce,

[...] como incidência concreta deste enunciado doutrinário, não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono (TARTUCE, 2014, p. 944).

Com o abandono de lar para a lei, igualmente se constata outros deveres, que tinha este que abandonou o lar, com sua família. O exemplo apresentado tem embasamento no sustento da casa e na assistência material, deixando o outro companheiro ou cônjuge em situação delicada. Transcreve-se, neste raciocínio, o enunciado nº 499 da V Jornada de Direito Civil:

[...] a aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240 - A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião (BRASIL, 2012).

Para doutrinadores parte da doutrina pronuncia que o abandono do lar do artigo 1.240-A do Código Civil não concorda com o abandono do lar do direito das famílias. Desta forma, Amorim (2011), a Lei n.º 12.424/11 não tinha como conclusão, simplesmente, incluir o artigo 1.240-A no Código Civil, entretanto, de regram o Programa Minha Casa, Minha Vida, o qual é direcionado ao direito social de moradia. Ainda, segundo Amorim:

[...] temos que o abandono de lar deve ser analisado sobre a vertente da função social da posse e não quanto a moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal. Ou seja, não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se a evadir-se foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono (AMORIM, 2011, p. 2).

Algumas críticas em relação ao termo abandono de lar são feitas por Gonçalves (2012, p. 274) no qual expõe que “ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário, isto é, culposo”. Então, a questão da culpa pelo abandono para que não fosse levado em consideração deveria ser entendido o abandono de lar, previsto na lei, como um simples fato de o ex-companheiro ou do ex-cônjuge não querer mais o bem, portanto compreendendo a expressão “abandono do lar” como “abandono do bem”, e deixando de lado toda a confusão que traz ao mesmo tempo o termo abandono de lar e deste modo também, a culpa pelo abandono. Acrescenta, ainda, Amorim, que:

[...] os requisitos da norma direcionam para utilização maior pela parcela mais pobre da sociedade brasileira (que é também a maioria), já que o imóvel deverá ser o único do usucapiente e não ser maior que 250m². Observe que o imóvel objeto da norma é aquele bem de família legal, dos mais modestos.

Colimando a pretensão social ao expurgo da culpa do direito de família e a *mens legis* voltada à Justiça Social, temos que o abandono de lar deve ser analisado sobre a vertente da função social da posse e não quanto a moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal.

Ou seja não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se a evadir-se foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono.

Importante, neste ponto ressaltar que o legislador não exige demonstração de boa-fé ou posse justa (AMORIM, 2011, p.3).

Portanto, é imperativo concluir que o abandono de lar para fins de usucapião é desligado da culpa pelo rompimento da vida a dois. “[...] abandonou o lar [...]” é o mesmo que abandonou ao condômino a utilização do bem segundo seu fim social: moradia; ou, mais simples, deixou de ali morar (AMORIM, 2011, p. 3). Assim, toda a questão está atrelada à função social da posse.

2 DA USUCAPIÃO POR ABANDONO FAMILIAR

A Usucapião Familiar, como nova modalidade da usucapião, foi instituída a partir do começo da Lei 12.424/2011, que alterou o Programa Minha Casa Minha Vida, possuindo algumas semelhanças com a usucapião especial urbana, principalmente no que se refere à metragem do imóvel de no máximo duzentos e cinquenta metros quadrados. Conforme o art. 1.240-A do Código Civil que introduziu a nova modalidade de usucapião:

Art. 1.240-A do Código Civil - Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez (BRASIL, 2011).

Assim, o detentor do domínio para ter direito à usucapião do imóvel, necessita desempenhar sua posse por dois anos contínuos e sem oposição do cônjuge ou companheiro retirante. Além do que, o imóvel precisa ter metragem não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, sendo utilizada somente para moradia sua ou de sua família. Por esta nova norma, a principal mudança inserida na Usucapião por Abandono Familiar é a redução do prazo para apenas dois anos.

Neste sentido, a usucapião com menor prazo de prescrição aquisitiva presente no nosso ordenamento jurídico. Para melhor esclarecer, Tartuce (2014, p.943), faz a seguinte alusão; “deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez”. Wesendonck, na contramão de Tartuce (2014), diz que:

[...] é preciso examinar esse exíguo prazo de afastamento do lar como causa de perda da propriedade em conjunto com a disposição constitucional do art. 5º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, pois a complexidade das relações familiares não permite efeitos tão fortes pelo simples decurso do tempo. Veja-se, por exemplo, que esse período de dois anos pode ser o prazo no qual as partes estão definindo se devem dar mais uma chance ao relacionamento ou devem pôr fim ao mesmo (WESENDONCK, 2012, p. 05).

Explica o autor que, esse é um período em que muitos casais separados de fato ainda não adotaram nenhuma medida quanto à definição da partilha de bens porque estão formando a ideia de separação ou de reconciliação. E por conta disso não se pode analisar que o período de indecisão possa reverter na conclusão de abandono da posse, sem que haja um ato natural encaminhado para tal fim. Vale, ainda, esclarecer que, somente o imóvel urbano poderá ser objeto da usucapião por abandono de lar, pois, considera-se a moradia e não o trabalho que se privilegia. Por isso, o art. 1.240-A “brota” em sede de regulamentação do programa do Governo Federal “Minha casa, Minha vida”.

Deste modo, ficou clara a exclusão do imóvel rural dessa modalidade de usucapião. Nada obstante, muito se recrimina a respeito dessa exclusão, considerando que a localização do domicílio de uma pessoa não é juízo crítico comprovante para tratamento diferenciado, assinalando, portanto, afronta ao princípio da isonomia. Alega Silva, ao defender a aplicação da legislação também às famílias que vivem na área rural:

Nesse sentido, os efeitos do abandono são os mesmos, independente da localização do imóvel em que ficou residindo o abandonado. Quiçá não sejam mais gravosos na zona rural, na qual as relações sociais mais próximas favorecem que a pecha de abandonado passe a integrar de forma pejorativa a identidade social do que permaneceu no imóvel. Além disso, no Brasil, os índices de baixa escolaridade e alta pobreza são mais acentuados na zona rural, gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos (SILVA, 2012, p. 34).

O imóvel ainda deve ser de propriedade do casal que passa a existir com o casamento ou com a união estável, seja ela hétero ou homossexual.

3 DO CABIMENTO DA USUCAPIÃO POR ABANDONO FAMILIAR NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Tendo como pilares de ponderação as bases ideológicas trazidas à baila alhures e como fruto da própria evolução do Direito, constata-se que o novel instituto denominado de usucapião *pro-família*, nomeado também de usucapião familiar ou por abandono de lar, foi introduzido por meio da Lei Nº. 12.424, de 16 de junho de 2011, acresceu o artigo 1.240-A à Lei Substantiva Civil. Infere-se, em um primeiro momento, que o um instituto em tela decorre dos anseios da sociedade, buscando, precipuamente, ofertar uma resposta ao cônjuge/companheiro abandona, assim como colocar termo a uma situação que prosperava, quando havia os términos dos relacionamentos conjugais, a manutenção de um condomínio, mesmo que houvesse a perda de contato.

Esse novo modelo de usucapião investiga a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter se afastado da morada comum. Assim sendo, se existiu abandono do lar, o que lá permanece tornar-se-á o proprietário exclusivo. A usucapião familiar em uma perspectiva construtiva especifica direitos que são passíveis ao indivíduo e em deferência à dignidade da pessoa humana, a saber, no que dispõe ao direito de aquisição de propriedade por famílias provenientes de relações homoafetivas. Nisto,

o doutrinador Tartuce (2014) menciona o Enunciado n. 500 da V Jornada de Direito Civil, que prescreve: “A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas” (TARTUCE, 2014, p. 779).

Vê-se assim que, o instituto da usucapião familiar prioriza uma finalidade eminente, uma vez que consagram direitos e garantias constitucionais como: o direito à moradia digna, acessível a todas as classes sociais e respeitando as especialidades de cada família, bem como resguardando que o ex-cônjuge abandonado e sua família, que tenham uma segurança que se refere à sua habitação, considerando que o domínio integral da propriedade é abonado num prazo de tempo considerado como razoável.

Torna-se importante dizer que a usucapião pró-família concorda para o que está previsto no art. 6º da CF/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 2013, p. 26).

Assim, a Constituinte entrelaça harmonicamente um destaque à moradia como direito social cujo objetivo principal da usucapião é: a garantia da propriedade por parte daquele que ainda não a detém. Diante das imbricações da usucapião familiar, observa-se que esta ainda incide na doutrina e na jurisprudência como nova temática notável e que ainda é passível de apreciações na doutrina e nos tribunais brasileiros, pois ainda não se tem um acordo sobre o assunto.

O art. 1240-A do CC/02, notoriamente, apresenta falhas e omissões que ajuízam em sua execução, entretanto, ainda assim, não despessoalizam o principal enfoque do dispositivo, que é garantir o direito à moradia em anuência com os preceitos constitucionais sociais, além de, precipuamente, cogitar o princípio da função social, importante na legitimação dos atos civis. Tendo em vista tais males, estes poderão ser simplesmente curados com o apoio da doutrina e, de maneira

especial, fruto da atividade dos tribunais, que por meio de jurisprudências, unificam um entendimento que incide em toda a esfera jurídica.

Em todas as demais espécies de usucapião existentes, o principal intento para contrair a propriedade do imóvel é o ânimo de dono, o que quer dizer, a intenção de ter a coisa como própria. Contudo, o mesmo não acontece na usucapião em tela, pois a indagação é a respeito do abandono do lar por parte de um dos cônjuges. Daí, existirem duas correntes que a interpretam o assunto e de formas distintas. A primeira corrente entende que o abandono de lar presente no art. 1.240-A do Código Civil é a mesma expressão abandono do lar mencionada no art. 1.573, inciso IV, do Código Civil, e que, ao tratar da separação judicial, pronuncia que o abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano consecutivo, pode distinguir a impossibilidade da comunhão de vida, lideradas tanto por Maria Berenice Dias, quanto por José Fernando Simão (SIMÃO, 2011).

No entanto, a jurisprudência, por muito tempo, apreendeu que a atitude de deixar o lar conjugal não representa culpa na separação. “Essa sanção também deixou de ser aplicada com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, passando a admitir o divórcio direto” (VILARDO, 2012, p.49). É oportuno colocar em destaque que os aspectos que diferenciam do novo instituto inserido no Ordenamento Brasileiro dos demais já previstos tem sua base no período exigido, como ainda, na característica do imóvel ser de propriedade do casal. Observa-se que o lapso temporal proporcionado pelo legislador mostra-se insuficiente, quando conferido às demais modalidades formadas na Lei Substantiva Civil e leis extravagantes. Na repercussão, referenda-se que a usucapião pro-família “difere, no entanto, no requisito tempo que na usucapião familiar é de dois anos (sendo de cinco anos para a usucapião pro moradia) e na característica do imóvel usucapienda: a propriedade deve ser do casal” (RANGEL, 2013, p.4). Tartuce leciona neste sentido, com bastante domínio, ao afirmar que:

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez (TARTUCE, 2011, p. 2).

Denota-se, assim que, tem-se como objetivo principal, permitir que o companheiro ou o cônjuge, que continuou no imóvel, consiga o domínio pleno, posteriormente o decurso do biênio, a contar do abandono do lar pelo outro companheiro, fulminando, por consecutivo, com a situação de condomínio em relação ao imóvel (RANGEL, 2011).

Importante também salientar que a visão de abandono do lar incide no ato voluntário de saída do domicílio conjugal, com também, da ausência de consentimento do outro cônjuge e o decurso de tempo. Cabe frisar que a modalidade em disputa se limita a tão somente o imóvel que pertence ao casal, devendo, com efeito, a ação ser abonada por um dos ex-companheiros ou ex-cônjuges em face daquele que abandonou o lar (RANGEL, 2016).

[...] Ora, com a introdução do artigo 1.240-A no Código Civil vigente, põem-se termo a uma pendência que decorria em razão do término dos relacionamentos conjugais, notadamente quando havia a perda de conta entre os ex-cônjuges/ex-companheiros, consistente na impossibilidade do possuidor exercer todos os poderes inerentes à propriedade, a saber: usar, fruir e dispor, este último em especial. Gize-se, por necessário, que o comando entalhado no artigo 1.240-A compreende tanto cônjuges ou companheiros, incluindo-se as relações homo-afetivas, conforme interpretação estruturada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, como entidade familiar, equiparada à união estável (RANGEL, 2011, p. 4).

Portanto, “não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se a evadir-se foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono” (RANGEL, 2011, p. 5). Há sim, que se assinalar

que a pretensão social a que se destina o dispositivo acrescentado confere uma explanação do abandono do lar emparelhado à partir da função social da propriedade e não coligada ao ideário de culpa pela dissolução do vínculo existente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a Lei 12.424/ 2011 estabeleceu uma nova modalidade de usucapião, com disposições específicas apontando muitas discussões entre juristas para classificar dentre algumas afirmações, como norma que se adequou as novas realidades na sociedade contemporânea, ou retrocesso no que se refere ao instituto da culpa. No desenvolvimento das novas formas de família, inclusive as homoafetivas, estão amparadas por legislação e proteção constitucional, na seara do abandono do lar. Insta registrar, que o cônjuge responsável pelo abandono do lar e a dissolução da sociedade conjugal, suportará atinente ao caso, sanção patrimonial por meio da perda da propriedade de sua parte no imóvel do pertencente ao casal, independentemente da fração de direito.

Diante disso, no âmbito doutrinário e de decisões reiteradas dos Tribunais, concebia direcionamento na aceitação da usucapião entre cônjuges, e o advento do reconhecimento das uniões homoafetivas novas formas familiares na sociedade, o amparo constitucional e a liberdade de gênero pressupõem o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a interpretação constitucional do artigo 1.240-A permite o entendimento tanto cônjuges ou companheiros como em relações homoafetivas, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no direito de família. *In: IBDFAM: portal eletrônico de informações*, 2011. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20abandono%20do%20lar%2001_09_2011.pdf> Acesso em: 15 out. 2017.

Código Civil Brasileiro de 2002 e legislação correlata. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

_____. **Lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011.** Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. 190º da Independência e 123º da República. Brasília: 16 de junho de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar:** a volta da culpa?. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapião_e_abandono_do_lar.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FERNANDES, Brenda. O Novo **Divórcio** (Emenda Constitucional nº 66/2010). In: **DireitoNet:** portal eletrônico de informações, 2010 Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/.../O-Novo-Divorcio-Emenda-Constitucional-no-66-2010>>. Acesso em 08 out. 2017.

PRATES, Fernanda Torelli Vieira da Cunha; SILVA, Eneleo Alcides da; GUERINI, Eduardo. A culpa na dissolução da sociedade conjugal. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 61, fev 2009. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5876&revista_caderno=14>. Acesso em 16 nov. 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A admissão da usucapião pró-família nas uniões homoafetivas: uma interpretação extensiva do artigo 1.240-A do Código Civil.

In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 148, mai. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17004&revista_caderno=14>. Acesso em 19 nov. 2017.

_____. A proeminência do princípio da função social da família no ordenamento brasileiro. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 115, ago. 2013.

Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12425?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13488&revista_caderno=14>. Acesso em 01 out. 2017.

_____. O Novel Instituto da Usucapião Pro-Família: Comentários ao Artigo 1.240-A do Código Civil. *In: Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 13, n. 1.122, jun. 2013. Disponível <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3027>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

SILVA, Luciana Santos. Uma afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-família. *In: Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 14, n. 71, abr-mail 2012, p. 32-36.

SINDEAUX, Ana Carolina Lucena Freitas; FAGUNDES, Daniel Cabral; FARIAS, Thales Menezes de. Usucapião familiar: problema ou solução? *In: Jurisway*: portal eletrônico de informações, 25 ago. 2015. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=15328>. Acesso em 06 nov. 2017.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar**: problema ou solução?. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em 27 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Método, 2014.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião especial e abandono de lar: usucapião entre ex-casal. *In: Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões* Porto Alegre, n. 27, abr.-mai. 2012.

WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar**: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re) criação de outros? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em 21 out. 2017.