

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA (UNIVEM)
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ RICARDO PITELLI MILANI JÚNIOR

**O DIREITO DE PROPRIEDADE: LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E
SEUS LIMITES NA QUESTÃO AMBIENTAL E INDENIZAÇÃO**

MARÍLIA/SP
2018

JOSÉ RICARDO PITELLI MILANI JÚNIOR

O DIREITO DE PROPRIEDADE: LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES
NA QUESTÃO AMBIENTAL E INDENIZAÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria Geral do Direito e do Estado; Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica).

Orientadora: Prof. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches

MARÍLIA/SP
2018

MILANI JÚNIOR, José Ricardo Pitelli

O Direito de Propriedade: Limitação Administrativa e seus Limites na Questão Ambiental e Indenização / José Ricardo Pitelli Milani Júnior; orientadora: Profa. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches. Marília/SP, 2018.

140 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2018.

1. Direito de propriedade. 2. Função social da propriedade. 3. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. Limitação administrativa. 5. Intervenção do Estado.

CDD: 342.123



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: José Ricardo Pitelli Milani Júnior

Título: "O DIREITO DE PROPRIEDADE: LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES NA QUESTÃO AMBIENTAL E INDENIZAÇÃO".

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Em 26 de janeiro de 2018, com início às 09:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cristina Ferraroni Sanches - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP), arguiu o candidato, tendo o examinado sido aprovado, com nota 6,0 (Dez, zero). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cristina Ferraroni Sanches (Orientadora)
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Mestrando: José Ricardo Pitelli Milani Júnior

Marília, 26 de janeiro de 2018.

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

Dedico este trabalho à minha Família nas pessoas
de meu pai, minha mãe, meu irmão, minha esposa
e minha filha.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores e amigos, a todos que, de uma maneira ou de outra, contribuíram para concretização deste trabalho.

E, de maneira especial, me faço grato à Professora Raquel Cristina Ferraroni Sanches, Pró-reitora de Graduação e orientadora desta dissertação, por suas valiosas críticas e sugestões.

“Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.”

[Voltaire]

MILANI JÚNIOR, JOSÉ RICARDO PITELLI. **O Direito de Propriedade: Limitação Administrativa e seus Limites na Questão Ambiental e Indenização**. 2018. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2018.

RESUMO

Este trabalho objetiva discutir a questão das limitações administrativas em face da propriedade privada imóvel, em especial nas áreas ambientalmente protegidas nos imóveis particulares rurais, destacando sua real necessidade e seus efeitos, a fim de assegurar a função social prevista na Constituição Federal vigente (art. 5º, inciso XXVIII), de modo a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. As limitações administrativas causam inúmeros ônus sobre a propriedade privada imobilizada e, em algumas situações, tais limitações esvaziam o conteúdo econômico da propriedade, pois retiram seu aproveitamento econômico. Essa intervenção do Estado precisa resguardar a perda patrimonial do cidadão, compensando o ônus causado. E, nesses casos, a limitação transforma-se, conquanto não formalmente, mas materialmente, em um confisco, se o particular não for indenizado. Desse modo, será caracterizada a expropriação indireta, que é obrigação do Poder Público de reparar os danos sofridos pelo titular do direito de propriedade. Para tanto, será analisado o direito à propriedade, as distinções entre propriedade e posse, a sua evolução e função social previstas na Constituição Federal. O estudo em pauta também abordará o Estado Regulador e seus aspectos, bem como os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público e, ainda, os atos administrativos, seus aspectos, requisitos e atributos. Ao final, são elencados os fundamentos, as concepções e conformações das limitações administrativas, distinguindo-as de institutos como a desapropriação, servidão administrativa, requisição, ocupação temporária e tombamento, abordando, ademais, a problemática da indenização à luz da doutrina e jurisprudência. Procurou-se, assim, demonstrar que as limitações administrativas sofridas pelo proprietário rural, em seu direito de propriedade, restringem o direito de propriedade do particular. Vale ressaltar, todavia, que essas limitações são ferramentas importantes para consolidar a conservação do meio ambiente, embora, por outro lado, o proprietário rural deva ser compensado mediante indenização que minimize o dano sofrido. O método de abordagem adotado nesta pesquisa é o hipotético-dedutivo e o método procedimental é o bibliográfico, em sua modalidade dissertativo-argumentativa. Já quanto às considerações ora propostas, tais foram conduzidas sob o resguardo da linha de pesquisa da Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Função social da propriedade. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Limitação administrativa. Intervenção do Estado.

MILANI JÚNIOR, JOSÉ RICARDO PITELLI. **O Direito de Propriedade: Limitação Administrativa e seus Limites na Questão Ambiental e Indenização**. 2018. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2018.

ABSTRACT

The present work has the objective of discussing the administrative limitations on private property, especially in the environmentally protected areas of rural properties, their real need and their effects, in order to ensure the social function provided for in the current Federal Constitution (Article XXVIII) in order to ensure an environmentally balanced environment. Administrative constraints cause innumerable burdens on immobilized private property, and in some situations such limitations deplete the economic content of the property because it takes away its economic use. This intervention of the State must protect the patrimonial loss of the citizen, in order to compensate the burden caused. And in such cases, the limitation becomes, albeit not formally, but materially, in a confiscation, if the individual is not compensated. Therefore, if the indirect expropriation is characterized, it is the obligation of the Public Power to repair the damages suffered by the owner of the property right. This will analyze the right to property, the distinctions between ownership and possession, its evolution and social function provided for in the Federal Constitution. It will also address the Regulatory State and its aspects, as well as the principles of legality and the supremacy of the public interest and administrative acts, aspects, requirements and attributes. In the end, the foundations, concept and forms of institution of the administrative limitation are distinguished, distinguishing it from institutes such as expropriation, administrative servitude, requisition, temporary occupation and tipping, also addressing the problematic, the indemnity in the light of the doctrine and jurisprudence . It was then sought to demonstrate that the administrative limitations suffered by the owner in his right of ownership, restricts the property right of the individual. It is worth mentioning, however, that these limitations are an important tool to consolidate the conservation of the environment, but on the other hand the owner must be compensated through indemnification to minimize the damage suffered. The approach adopted in this research is the hypothetico-deductive method. The procedural method for the research is the bibliographical one, this one in its argumentative-argumentative modality. The researches were conducted under the protection of the line of research of the Critique to the Fundamentals of Legal Dogmatics.

Keywords: Property law, social function of property, ecologically balanced environment, administrative limitation, State intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP: Ação Civil Pública

AI: Agravo de Instrumento

Art.: Artigo

CC: Código Civil

CF/88: Constituição Federal de 1988

Ed.: Edição

Inc.: Inciso

n.: Número

p.: Página

Rel.: Relator

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

TRF: Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	15
1.1 Direitos Fundamentais.....	15
1.2 Aspectos do Direito de Propriedade	23
1.3 A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.....	42
1.4 Intervenção do Estado Fundamentada pelo Interesse Público e Função Social na Propriedade Privada Imóvel Urbana.....	55
CAPÍTULO II – ESTADO REGULADOR	60
2.1 Aspectos do Estado Regulador.....	60
2.2 Princípio Constitucional da Legalidade.....	74
2.3 Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público	77
2.4 Atos Administrativos.....	78
CAPÍTULO III – AS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS NO BRASIL	90
3.1 Formas de Instituição	90
3.2 As Limitações Administrativas e Outras Modalidades de Intervenção do Estado na Propriedade Privada Imóvel	94
3.3 Reparação Civil e o Dever de Indenizar na Propriedade Privada Rural.....	107
3.4 A Limitação Administrativa na Propriedade Privada Rural à Luz da Jurisprudência..	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	133
ANEXO I.....	139

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a harmonização da propriedade privada imóvel rural com função social e propensão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma necessidade para a sobrevivência coletiva da população, atendendo aos indivíduos e preservando um dos pilares de sustentação da Constituição Federal brasileira.

Em decorrência dessa situação, o Estado intervém na propriedade privada imóvel para condicioná-la ao perfil de funcionamento da cidade e do campo, enfocando não apenas a questão da moradia, mas, também, o tema da circulação, do trabalho, do lazer e do meio ambiente. Assim, a intervenção estatal, nessa seara, compreende toda a gama de atividades a que o indivíduo está sujeito a desenvolver no seu cotidiano.

Diante desse quadro, este estudo objetiva analisar as limitações administrativas no âmbito da propriedade privada imóvel rural, mais especificamente a estratégia do Estado em adotar medidas de controle do uso da propriedade, com a narrativa de cumprimento da função social e conservação do ecossistema, impondo, ao particular, limitações administrativas, que, muitas vezes, os impedem de explorar economicamente a área sob intervenção.

É preciso, assim, ser dada maior relevância ao meio ambiente em si, observando, contudo, o direito de propriedade do titular do domínio, pois essa situação pode resultar em injustiça social. Equacionando os bens jurídicos envolvidos em questão, é possível alcançar a harmonização, evitando-se perdas à sociedade e, muito menos, ao particular titular do domínio da propriedade.

Desse modo, em primeiro momento, esta dissertação verte-se à discussão da importância da função social e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹ para um pleno desenvolvimento da sociedade. Já posteriormente, em um segundo momento, perscruta-se a limitação administrativa consiste em ato normativo não abusivo, bem como acerca de quais os requisitos são imprescindíveis para sua validade. Enquanto em derradeiro, em um terceiro momento, será verificada a questão da concessão de indenização ao titular do domínio da propriedade, notadamente na propriedade rural, que sofreu com a limitação administrativa.

Para tanto, foi necessário: pesquisar a evolução histórica do direito à propriedade e sua função social e o meio ambiente ecologicamente equilibrado; estudar as limitações

¹ Meio ambiente ecologicamente equilibrado é o termo adotado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 225: “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” (BRASIL, 1988).

administrativas e seu regime jurídico; verificar a ocorrência de perda do conteúdo econômico da propriedade em determinadas limitações administrativas e se este compreende caso de indenização.

Vale ressaltar que as limitações administrativas causam inúmeros ônus sobre a propriedade, sendo que, algumas vezes, tais limitações esvaziam o conteúdo econômico da propriedade privada rural, vez que retiram seu aproveitamento econômico. A intervenção do Estado deve resguardar a perda patrimonial do cidadão, a fim de compensar o ônus causado. E, nesses casos, a limitação transforma-se, ainda que não formalmente, mas materialmente, em um confisco, se o particular não for indenizado.

Com isso, esta pesquisa aborda o limite e essas limitações no direito de propriedade, discutindo e apontado a preocupação e o discernimento de Bobbio de que a grande dificuldade entrevista não é exatamente de cunho filosófico, mas jurídico, uma vez que o enfoque está em definir a forma mais segura para garanti-lo e não violá-lo.

A investigação em lume contribuirá para o avanço do conhecimento sobre o tema, que é um direito fundamental de substancial importância. O Direito à propriedade é um direito de todos e um dever do Estado, que visa a garantir de forma mais ampla o princípio da dignidade humana.

Para tanto, foi eleito o método hipotético-dedutivo para o tratamento das informações ora cotejadas; já enquanto método procedimental, optou-se pelo bibliográfico em sua modalidade dissertativo-argumentativa.

À vista disso, a exploração do problema em pauta está dividida em três capítulos: no primeiro deles, é traçada uma breve reconstituição da propriedade privada que é garantida, no presente, pela Constituição Federal do Brasil, estando limitada pela mesma, simultânea e igualmente, assegurando, pois, a sua função social e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. As limitações à propriedade privada, mesmo quando impostas com o objetivo de justiça social, previsto na Carta Magna, não pode ir tão longe a ponto de esvaziar a propriedade de sua essência privada, caso contrário, vive-se uma expropriação de fato.

O segundo capítulo aprofunda a questão em torno da regulação do Estado, demonstrando seus aspectos e abordando a função do poder de polícia exercida pelo Estado, analisando, ainda, os princípios constitucionais da legalidade, da supremacia do interesse público e, por fim, os atos administrativos, expondo seus aspectos, requisitos e atributos.

Quanto ao terceiro capítulo, este aborda as formas de instituir as limitações administrativas, especialmente no âmbito ambiental, por se tratarem de propriedades rurais, ponderando as importantes distinções entre limitações administrativas e as outras modalidades

de intervenção do Estado na propriedade privada (servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, tombamento, desapropriação) e verificado o quesito da reparação civil e do dever de indenizar decorrentes de tais limitações no horizonte doutrinário e jurisprudencial.

Por fim, há aspectos que, identicamente, fomentam discussões, embora não recebam da doutrina a atenção devida, a exemplo da problemática da indenização. E no plano jurisprudencial resta evidente posicionamento dos tribunais superiores acerca do dever de indenizar quando a limitação administrativa causa esvaziamento econômico da propriedade, diferentemente da maioria da doutrina pátria que não vê possibilidade de indenização em matéria de limitação administrativa.

CAPÍTULO I – O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito de propriedade foi, por longos anos, concebido como absoluto, quando não sofria ingerência estatal. Porém, atualmente, a propriedade, seja ela urbana, seja ela rural, deve observar o princípio da função social e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Significa dizer, portanto, que cabe ao titular do direito de propriedade, na forma de aquisição, na manutenção e/ou no exercício do direito de propriedade, atentar para a sua função socioambiental, uma vez tal direito não é ilimitado, nem mesmo abalizado, apenas como um direito individual.

Com as transformações sociais e a evolução humana, não mais se depreende que a propriedade privada seja desprovida de um fim, ou que se volte somente à satisfação pessoal do seu detentor, sendo salutar que atenda a uma finalidade socioambiental.

A tese ganha relevância se considerado o fato de que, hodiernamente, a ocupação do espaço é, por vezes, controversa e as discussões acerca do direito de propriedade divide opiniões, dentre os juristas e em meio a vários outros segmentos da sociedade que se propõem a compreender a problemática da ocupação irregular do solo, dos assentamentos irregulares, do déficit de moradia, da reforma agrária, entre outros inúmeros tópicos inerentes à propriedade privada, o que reforça, repita-se, a importância de que a propriedade atenda a uma função social.

Porém, para se alcançar as limitações ao direito de propriedade, é de capital pertinência abordar, inicialmente, a evolução do direito de propriedade, o reconhecimento da sua função social e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a problemática da intervenção pelo Estado, com fulcro no princípio do interesse público e da função social, como se pretende a expor na sequência.

1.1 Direitos Fundamentais

A consideração dos direitos fundamentais está devidamente inserida no conceito dos princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica de um país.

Hoje, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas, de modo que, onde não existir Constituição, conseqüentemente não haverá direitos fundamentais. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídico-positivos, pois estão positivados em uma ordem constitucional.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que os direitos do homem derivam de uma radical inversão de perspectiva, que adveio da formação do Estado moderno, engendrada na relação política soberano/súdito ou Estado/cidadão, relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos do cidadão e não mais súdito, em vez do ponto de vista do soberano, segundo o qual, “[...] para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, dos indivíduos que a compõe, em oposição à concepção orgânica tradicional” (BOBBIO, 2004, p. 24). E prosseguindo em anuência a Bobbio (2004, p. 13), o rol dos direitos do homem se modificou ao longo dos tempos e continua a se transformar na medida em que as transformações do mundo clamam uma nova forma de analisar os direitos.

O autor cita, pois, para justificar a constante evolução do elenco de direitos dos homens, o direito de propriedade, declarado como absoluto no final do século XVIII, submetido, por conseguinte, a radicais limitações (BOBBIO, 2004, p. 13).

Embora os direitos fundamentais não tenham surgido no mundo antigo, nele se fez o berço de algumas ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos inerentes à condição humana, as quais deram origem aos direitos fundamentais, especialmente às ideias de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens, notadamente no pensamento greco-romano e na filosofia judaico-cristã (SARLET, 2013, p. 264).

Para Canotilho (2002, p. 380), a história dos direitos fundamentais pode ser separada em duas épocas: uma anterior ao *Virginia Bill of Rights* (1776) e à *Déclaratio des Droits de L’Homme et du Citoyen* (1789), caracterizada por uma relativa cegueira frente aos direitos do homem; e outra fase, posterior a tais documentos, reconhecida pela constitucionalização ou positivação dos direitos do homem.

A *Virginia Bill of Rights* ou declaração de “Direitos do Bom Povo da Virgínia”, uma das treze colônias inglesas na América, foi inspirada nas teorias de Locke, Rosseau e Montesquieu. E, basicamente, a declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático e com a limitação de poderes (SILVA, 2017, p. 155-157). Visão liberal da propriedade, Locke assim a contempla: “27. 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 esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela” (LOCKE, 1994, p. 98).

Nesse diapasão, quanto à visão de propriedade como fundamento de pacto social de Rousseau:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social. (ROUSSEAU, 1996, p. 20-21)

A Déclaratio des Droits de L’Homme et du Citoyen ou “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, perfilhada na assembleia constituinte francesa, em agosto de 1789, resultante das ideias de Rosseau, Locke e Montesquieu, objetivava a libertação da opressão do homem do absolutismo e do regime feudal. Exatamente por isso, proclama como princípios a liberdade, a igualdade, a propriedade, a legalidade e as garantias individuais liberais que, ainda, se encontram nas declarações contemporâneas sem, no entanto, mencionar as liberdades de reunião e de associação (SILVA, 2017, p. 159-160).

Acerca da constitucionalização dos direitos fundamentais, Machado e Herrera assim lecionam

A constitucionalização dos direitos fundamentais traz a dimensão substancial da democracia, pois, na Constituição encontram-se mais do que normas de organização dos poderes (- quem, e – como, decidir no cenário político), mas normas substantivas (direitos e garantias fundamentais), a acenar para o que se pode e o que não se pode decidir nem mesmo por maioria, e o que se deve e não se deve decidir ainda que contra a vontade desta mesma maioria. (MACHADO; HERRERA, 2010, p. 3291)

Na modernidade, torna-se difícil imaginar uma sociedade democrática sem que haja direitos fundamentais eficazes, dado que democracia e direitos fundamentais são conceitos que não se podem separar, devendo sempre andar juntos, não sobrevivendo tais direitos fora do contexto de um Estado Democrático de Direito.

Considerando a inversão de direitos e deveres na relação entre Estado e indivíduo, Mendes e Branco discorrem:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 128)

E, na continuidade, Mendes e Branco aludem à crítica que Canotilho faz na tentativa de entrelaçar o princípio da dignidade da pessoa humana na natureza dos direitos fundamentais:

[...] expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 131)

Partindo desse princípio, avançando o debate com Mendes e Branco (2017, p. 131), os autores concluem que a inadequação, tanto na Constituição Portuguesa quanto na brasileira, está na consagração de “[...] direitos fundamentais de pessoas coletivas, a denotar que a ideia de dignidade humana não seria sempre o vetor definidor dos direitos fundamentais”. E acrescentam que os direitos fundamentais podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, que, em sentido material, são pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana. Sintetizam os autores:

É reconhecido que discernir num determinado direito a nota da fundamentalidade material encerra atividade marcada pela subjetividade do intérprete. De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 131)

Portanto, os direitos fundamentais são de grande importância para que o homem possa exercer sua cidadania de forma honrosa, sem preconceitos, livre dos grilhões impostos por um sistema ditatorial; subsumam-se em prerrogativas desses direitos para que a pessoa humana se realize e conviva de forma digna, livre e igual; em outras palavras:

Os direitos fundamentais designam, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. (SILVA, 2017, p. 180)

É possível encontrar, em algumas obras jurídicas, a utilização das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais indistintamente, enquanto sinônimas. Todavia, os direitos fundamentais foram, a partir daqueles, evoluindo historicamente, sendo classificados como direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações. É notório que, na contemporaneidade, “[...] a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana” (BONAVIDES, 2017, p. 576).

A finalidade primordial dos direitos fundamentais é estabelecer limites ao poder estatal, incorporando direitos subjetivos em normas formalmente básicas, não se submetendo o seu reconhecimento e a sua garantia ao crivo da discricionariedade do legislador ordinário.

Para a classificação dos direitos fundamentais, preliminarmente, o legislador constituinte inventariou e subdividiu em cinco capítulos os direitos e as garantias fundamentais, quais sejam: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e partidos políticos.

Mendes e Branco (2017, p. 128) avaliam que “[...] outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três – e, às vezes, em quatro gerações”. Logo, defendem a evolução e categorização em direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

Conciliando uma característica preponderante a cada uma das gerações, observa-se: a liberdade na primeira; a igualdade material na segunda; e os direitos de titularidade difusa ou coletiva na terceira dimensão. A esse respeito, destaca Mello, *in verbis*:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MELLO, 2015, p. 03)

Assim, os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional; a saber: os direitos civis e políticos, que, em grande parte, correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Relativamente aos direitos de primeira dimensão, Leão Júnior sopesa:

Caracterizam-se os direitos de primeira dimensão pela exigência de abstenção ou não intervenção do estado – direitos negativos – a uma esfera de autonomia individual em face de seu poder, isto é, o direito de oposição ou de resistência em relação ao Estado. Direitos do indivíduo frente ao Estado, traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, o que caracteriza marcante subjetividade. Nessa dimensão, consagram-se os direitos civis e políticos. (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 29)

A primeira dimensão de direitos está na ideia de não intervenção do Estado, que surgiu no final do século XVII, decorrente do fim das monarquias e do início do pensamento liberal. Bobbio (2004, p. 52) alberga que a doutrina dos direitos do homem irrompeu da filosofia jusnaturalista, que, para justificar a existência de direitos intrínsecos ao homem, independentes do Estado, busca em um estado de natureza “onde os direitos do homem são poucos e essenciais”, dentre os quais se inserem o direito à vida e à sobrevivência, os quais, por sua vez, incluem, também, o direito à propriedade e o direito à liberdade, que engloba as liberdades negativas.

O autor justifica que a inclusão do direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais se deve ao fato de que os proprietários, à época do reconhecimento de tal direito, tinham cidadania ativa, assim como ocorreu com a legitimação dos direitos sociais em sociedades envoltas em movimentos operários (BOBBIO, 2004, p. 54). Com efeito, enfatize-se que os valores alteram-se ao longo dos tempos, representando os anseios da sociedade e observando questões relativas à cultura.

Os direitos de primeira dimensão são o produto peculiar do pensamento liberal burguês do século XVIII, singularizado por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual (SARLET, 2013, p. 272).

Sobre o direito de propriedade insculpido na Declaração de 1789, Bobbio preleciona:

Quanto à propriedade, que o último artigo da Declaração considera “um direito inviolável e sagrado” [...]. Sua inclusão entre os direitos naturais remontava a uma antiga tradição jurídica, bem anterior à afirmação das doutrinas jusnaturalistas. Era uma consequência da autonomia que, no direito romano clássico, era desfrutada pelo direito privado em relação ao direito público, da doutrina dos modos originários de aquisição da propriedade (através do contrato e da sucessão), modos – tanto uns como outros – que pertenciam à esfera das relações privadas, que se desenvolviam fora da esfera pública. (BOBBIO, 2004, p. 67)

O impacto da industrialização e os graves problemas econômicos e sociais decorrentes desta, as doutrinas socialistas e a constatação de que igualdade e a liberdade formal não geravam a garantia de seu efetivo gozo, primordialmente, foram eventos que motivaram amplos movimentos reivindicatórios e reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2013, p. 273).

Já os direitos de segunda dimensão, segundo Bonavides (2017, p. 578), são aqueles direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Tais nasceram abraçados ao princípio da igualdade.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão “[...] possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade” (SILVA, 2017, p. 288).

Silva (2017, p. 289), igualmente, aprecia que os direitos sociais devem criar condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, visto que valem como pressupostos do gozo de garantias individuais, proporcionando condições mais compatíveis com o exercício da liberdade.

Os direitos de segunda dimensão, no entanto, distinguem-se por promover aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, também chamadas “liberdades sociais”, a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito à greve, do reconhecimento de direitos trabalhistas (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 30-31).

Os direitos fundamentais sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, ao exigirem do Estado prestações materiais positivas, requisitos nem sempre concretizável devido à carência ou limitação de recursos ou meios por parte do poder público (BONAVIDES. 2017, p. 578-579).

Bobbio (2004, p. 16) atenta para o fato de que a “[...] ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles”. Certamente, a visão da propriedade enquanto direito absoluto acabou configurando oposição à introdução dos direitos sociais, por exemplo.

Outra questão de destacada relevância conduzida por Bobbio (2004, p. 19) diz respeito à inexistência de referência ao direito de propriedade como direito do homem nos documentos mais recentes das Nações Unidas, ao contrário do que ocorreu outrora, conforme

a Declaração de 1789, que acolheu a propriedade como “sagrada e inviolável”, conceito que não encontra amparo na atualidade.

Os direitos de terceira dimensão, por seu turno, acrescidos da liberdade e da igualdade, são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade” e “tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado” (BONAVIDES, 2017, p. 583-584).

A terceira dimensão de direito surgiu a partir de um ativismo intelectual em torno de temas de interesse globalizado, como a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, o patrimônio comum da humanidade e a comunicação. Consoante Bonavides (2017, p. 583), “[...] os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”.

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, têm como titulares grupos humanos, e não o indivíduo, portanto, são direitos transindividuais (coletiva ou difusa), tratam de reivindicações do ser humano, dentre outros fatores, devido ao impacto tecnológico e ao processo de descolonização após a Segunda Guerra Mundial (SARLET, 2013, p. 274).

Tais direitos exigem, por vezes, esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial, dentre os quais se pode citar o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, não obstante, ficando preservada sua dimensão individual (SARLET, 2013, p. 274).

Segundo Bonavides (2017, p. 584), a Teoria de Karle Vasak e outros autores, são direitos de terceira dimensão, o direito de fraternidade, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação. Importante frisar, neste trabalho, o meio ambiente, que nas palavras de Padilha:

[...] o Direito nasce da necessidade de proteção ao meio ambiente, vítima da exploração e agressão crescentes e desproporcional, inaugurando uma nova dimensão aos direitos até então conhecidos, numa elevação crescente de coletivização que os identifica como metaindividuais e de terceira dimensão. (PADILHA, 2010, p. 44)

No presente, doutrinadores sustentam a existência de uma quarta e, mesmo, uma quinta dimensão de direitos. E indicam Bonavides como precursor na defesa de direitos de quarta dimensão.

Bonavides (2017, p. 586) abarca que os direitos fundamentais de quarta dimensão são: o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Tais direitos foram introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. E o autor acrescenta:

[...] a democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças ao avanço da tecnologia de comunicação... há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar dos monopólios do poder. (BONAVIDES, 2017, p. 586)

Hodiernamente, já é possível proclamar o direito à paz como direito de quinta geração, tirando-o da região obscura como direito esquecido vinculado à terceira geração (BONAVIDES, 2017, p. 594-595).

1.2 Aspectos do Direito de Propriedade

A primeira questão a ser ressaltada ao se tratar do direito à propriedade é que, no Direito Romano, as diferenças entre posse e propriedade já eram reconhecidas, como salientadas por Wald (2002, p. 32); naquele momento histórico, os pontos comuns entre os dois institutos já eram destacados, por isso, a posse, ao longo da evolução da humanidade, vem sendo disciplinada como instituto próximo ao da propriedade, ou seja, com características comuns. Daí a importância de se compreender não apenas a distinção entre os conceitos, mas, também, como esses evoluíram paralelamente.

Gonçalves (2017, p. 47) notabiliza que, desde os tempos mais remotos, a tutela da situação de fato originada pela posse é um mero reflexo da defesa da paz social, pois, se alguém se apodera de coisa que a outro pertença pela violência, evidentemente viola a paz social, sendo imposta uma sanção natural, qual seja: a *restituem manu militari* os sujeitos à situação anterior.

Não obstante, o mesmo Gonçalves (2017, p. 48) reputa que a origem da posse é controvertida dentre os estudiosos, embora se admita que foi em Roma que tenha ocorrido o seu desenvolvimento. As diversas soluções propostas costumam ser reunidas em dois grupos: de um lado, estão as teorias que sustentam ter a posse sido conhecida do direito antes dos interditos; já de outro, figuram todas aquelas que consideram a posse mera consequência do processo reivindicatório.

Farias e Rosenvald (2015, p. 27) aquiescem que a origem da posse é, historicamente, justificada no poder físico sobre as coisas e na necessidade do homem se apropriar de bens.

De sua parte, Wald (2002, p. 43) ilustra que, no Direito Romano, a proteção possessória era assegurada às pessoas que demonstrassem exercer os poderes inerentes à propriedade, além de serem resguardados outros direitos reais. Significa dizer que, no Direito Romano, a proteção da posse era dada somente àqueles que a exerciam como se fossem titulares da propriedade ou de outros direitos reais.

Com o passar dos tempos, o Direito Canônico ampliou o alcance da norma aos direitos pessoais; em outras palavras, a proteção da posse não mais se restringia aos direitos reais.

De acordo com Venosa (2017a, p. 31), no Direito Romano, o conceito de posse foi, diretamente, influenciado pelo Direito Natural Canônico e pelo Germânico e, como consequência, sua própria formulação foi modificada ao longo dos tempos. Para o autor em apreço, a abstração em torno da posse sofreu evoluções, ainda que nunca se tenha chegado a um consenso sobre a correta definição, apesar de o instituto ser reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos, mesmo sem pacificação na legislação e doutrina quanto ao seu conceito (VENOSA, 2017a, p. 31).

Evidencia-se, portanto, que os ordenamentos jurídicos existentes não são homogêneos, ou seja, tratam do tema em análise com enfoques diferentes, motivo pelo qual a definição de posse dificilmente logrará atingir unanimidade na doutrina e nas legislações (GONÇALVES, 2017, p. 47).

Porém, Wald (2002, p. 47) avulta que, no direito contemporâneo, a posse existe em função da relação contratual, ou não, que uma pessoa exerce sobre determinado bem com os poderes de uso, gozo ou disposição.

Tal enunciação é resultado da evolução do conceito de posse no decorrer da história, de tal modo que, na contemporaneidade, o direito somente reconhece a posse de coisas e de direitos reais, sendo a posse de coisas a originária titularidade de direitos obrigacionais.

Melo (2015, p. 21) focaliza o fato de que, na evolução histórica do estudo da posse, diversas teorias conceituais despontaram; não obstante, as mais relevantes e aceitas são a Teoria Subjetiva e a Teoria Objetiva. Além disso, o autor também salienta uma teoria de singular expressão para um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, que é a denominada Teoria Social da Posse.

Para a Teoria Subjetiva, faz-se necessário, para a configuração da posse, o *corpus* e o *animus domini*, como se extrai de Tartuce:

[...] *Teoria subjetiva ou subjetivista* – Seu principal idealizador foi Friedrich Carl von Savigny, entendendo a posse como o poder direto que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa teoria, possui dois elementos: *a) o corpus* – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; *b) animus domini*, elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. Diante do segundo elemento, para essa teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, entre outros, não são possuidores, pois não há qualquer intenção de tornarem-se proprietários. (TARTUCE, 2016, p. 759)

O primeiro é o *corpus*, elemento material da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; enquanto o segundo elemento seria o subjetivo, o *animus domini*, a intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade.

A Teoria Objetiva, por sua vez, tem como principal defensor Rudolf von Ihering, como segue clarificando Tartuce:

[...] *Teoria objetiva ou objetivista* – Teve como principal expoente Rudolf von Ihering, sendo certo que para a constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Esta corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. O *corpus* é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Para esta teoria, dentro do conceito de *corpus* está uma intenção, não o *animus* de ser proprietário, mas de explorar a coisa com fins econômicos. (TARTUCE, 2016, p.759)

No Brasil, a Teoria que se mostrou mais adequada foi a Teoria Objetiva de Ihering, inserida pelo Código Civil de 1916 no bojo do art. 485 e mantida pelo atual Código de 2002. Tal teoria se encontra refletida na definição de possuidor constante do art. 1.196 do Código Civil vigente, que assim considera aquele que se comporta como proprietário, exercendo algum dos poderes que lhe são inerentes (GONÇALVES, 2017, p. 55).

Já Tartuce (2016, p. 760) sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, adotou a Teoria de Ihering apenas parcialmente, principalmente porque é assegurado ao locatário, comodatário, dentre outros, o exercício do direito de posse, inclusive contra o próprio proprietário. Logo, no entender do autor, “[...] pela atual codificação, todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário”.

Essa constatação leva à compreensão do conceito de posse, ora recepcionada como forma de concretização dos direitos sociais, a exemplo do direito à moradia e ao trabalho, tendo a finalidade de oportunizar direitos a uma parcela da sociedade que não teve acesso aos

meios que proporcionam uma vida digna. Portanto, reconhecer função social ao instituto é medida necessária, dentro do modelo de Estado contemplado pelo poder constituinte, a saber, Estado Democrático de Direito.

Ademais, o constituinte impõe à Administração Pública tarefas de transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre seus cidadãos. Nada mais é que uma maneira de impor ao Estado a responsabilidade de criar mecanismos capazes de diminuir a desigualdade social, a exemplo da posse *ad usucapionem*, isto é, aquela que se exerce por usucapião. E, exatamente por este motivo, é que não se faz possível averiguar a função social da propriedade rural sem abordar o instituto da posse.

Cabe esclarecer que a posse vem sofrendo, ao longo dos tempos, grandes transformações, principalmente em virtude da crise do positivismo jurídico no século XX, o qual expressava uma noção do direito como uma técnica engessada, imune às transformações sociais. Revela-se patente que um ordenamento baseado em uma pretensa completude de suas normas não seria capaz de captar os influxos emanados de outros sistemas, pois, ao menos, deveria ser sensível aos apelos da sociedade que visa a alcançar (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 35).

Ademais, como também já assinalado em outro momento, o conceito de posse não é tarefa simples, seja pela discussão quanto aos elementos que a integram, a depender da Teoria priorizada, seja pela constante alteração no instituto no decorrer dos tempos.

Na época atual, a ciência jurídica volta o olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos, uma vez que inexistente interesse em apenas conceituar a estrutura dos institutos, mas, sim, em direcionar seu papel e sua missão perante a coletividade, na incessante busca pela dignidade humana e pelo bem comum. Nesse sentido,

A Constituição Federal vigente é garantista, ou seja, é um instrumento que visa garantir tudo o que é importante para a nação brasileira. Nela se consagra a dignidade da pessoa humana, em forma de princípio constitucional, que é um elevado postulado constitucional, por meio do qual há a efetividade, ou deveria haver, do princípio da dignidade da pessoa humana. (POZZOLI, 2000, p. 62-67)

Por fim, a função social como sublinham Farias e Rosenvald (2015, p. 35), não se dirige apenas à propriedade, aos contratos e à família; antes, à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano.

Afora isso, a posse passa ser analisada sob um viés social, visto que, desde as ideias advindas do Iluminismo, cintila a necessidade de se proteger o homem do poder do Estado. Nesse limiar, a atual conjuntura concatena nos direitos outras funções, dentre as quais a garantia aos indivíduos das liberdades positivas, isto é, do conjunto de direitos que, amparados no princípio da dignidade humana, impõe ao Estado a prática de diversas ações visando à obtenção da igualdade substancial entre os indivíduos (DANTAS, 2015, p. 361).

Ainda segundo Dantas (2015, p. 361), a posse passa a ser interpretada consoante a função social e, em países com enorme desigualdade social como o nosso, torna-se um importante instituto em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Como já consignado anteriormente, o conceito de posse, na Teoria Subjetiva, parte de duas premissas basilares, o *corpus* e o *animus*.

Para Venosa (2017a, p. 42), a relação material do homem com a coisa configura o *corpus*, ou seja, a exterioridade da propriedade. Anote-se, também, que a o *corpus* é o elemento que esculpe a aparência, que aduz a posse e, por conseguinte, a proteção possessória. Nessa ligação material, sobreleva-se a função econômica da coisa para servir a pessoa; e, por conseguinte, não podem ser objeto de posse os bens não passíveis de serem apropriados, ou seja, a posse somente é possível nos casos em que possa existir propriedade ou manifestação pacífica desta (VENOSA, 2017a, p. 42).

Em sentido jurídico, posse e propriedade caminham juntas. Contudo, não se pode deixar de lembrar que o conceito engloba tanto bens corpóreos, como os bens incorpóreos. Dessa feita, os bens incorpóreos, passíveis de apropriação, também podem ser objeto de posse (VENOSA, 2017a, p. 42).

E prossegue Venosa (2017a, p. 42) enfatizando que o *animus* é o elemento subjetivo, a intenção de proceder com a coisa como faz normalmente o proprietário. É, pois, sob esses pontos principais que gravitam as Teorias da Posse com as consagradas Teorias defendidas por Savigny e Ihering, que espelham infundáveis posições intermediárias.

No ordenamento jurídico brasileiro, esta ligação entre os regimes de posse e propriedade pode ser verificada no disposto no art. 1.196 do Código Civil: “[...] considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Já Farias e Rosendal, ao analisarem o tratamento dispensado por Savigny à posse, frisam, exatamente, a junção dos elementos *corpus* e *animus domini*:

[...] *corpus*: elemento que consiste no controle material da pessoa sobre a coisa, podendo dela no mesmo instante se apoderar, servir e dispor, possibilitando ainda a imediata oposição do poder de exclusão em face de terceiro. *Animus*: elemento volitivo, que traduz a intenção do possuidor de exercer o direito como se proprietário fosse, de sentir-se o dono da coisa, mesmo não sendo. Neste sentido, não basta deter a coisa (*corpus*), mas haver uma vontade e ter a coisa para si. Só haverá posse, onde houver *animus possidendi*. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 28)

Porém, a Teoria Subjetiva foi alvo de diversas críticas, como bem enfatiza Melo (2015, p. 22-23), das quais as mais relevantes foram dirigidas por Ihering, ao desenvolver a Teoria Objetiva, no século XIX.

A Teoria proposta por Ihering e que, como já mencionado, norteou, parcialmente, o direito pátrio, defende que é possível existir posse sem *corpus*, assim como é possível existir posse sem *animus*; tal Teoria, hoje, é aceita em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente pela importância prática em resolver os árduos problemas causados pela situação jurídica possessória.

Comunga desse entendimento Gonçalves, que assim disserta:

[...] a aludida teoria não encontrou sustentáculo. O direito moderno não pode negar proteção possessória ao arrendatário, ao locatário e ao usufrutuário, que tem a faculdade de ajuizar as medidas competentes enquanto exercerem a posse, sob a alegação de que detêm a coisa *animo nomine alieno*. (GONÇALVES, 2017, p. 50)

Na concepção de Savigny (Teoria Subjetiva), como esclarece Pereira (2006, p. 19), não há posse sem o estado de fato da pessoa em relação à coisa, que é o elemento físico; e, ainda, este deve se juntar à vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (*affectio tenendi*), acrescida da intenção de tê-la como dono (*animus*).

Logo, se faltar esta vontade interior, ou seja, o intento de proprietário, não se estaria diante da posse, mas da detenção, porque, para a Teoria Subjetiva, não constituem relações possessórias aquelas em que a pessoa tem a coisa em seu poder, ainda que juridicamente fundada, a exemplo da locação, do comodato, do penhor, dentre outros, uma vez que lhe falta, exatamente, a propensão de tê-la como dono, o que dificulta, sobremaneira, a defesa da situação jurídica.

O Código Civil de 2002, de sua parte, seguiu a vertente da Teoria Objetiva de Ihering, ao passo que permitiu o desdobramento da posse sem a vontade de ser dono, conforme se extrai do disposto no art. 1.197:

Art. 1.197 - A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (BRASIL, 2002)

Não há como negar, portanto, que a Teoria Objetiva teve melhor aceitação dentre os juristas, afinal, para Ihering, a posse é o mero exercício da propriedade; dito de outro modo, a posse é figura anterior à propriedade, contudo, aquela é inferior a esta (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 29).

Nesse contexto, portanto, a posse seria o poder de fato da propriedade, o poder de direito sobre a coisa. A posse, desse modo, não é reconhecida como modelo jurídico autônomo, dado que o possuidor seria aquele que concede destinação econômica à propriedade, visibilidade ao domínio. Logo, a posse é a porta que conduziria à propriedade, um meio que destina a um fim ou, como observam Farias e Rosenvald (2015, p. 29), a propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave, uma árvore frutífera sem a escada que atingisse os frutos; a propriedade sem a posse ficaria estática.

Não destoaria desse entendimento a lição de Gonçalves (2017, p. 51), para quem a Teoria Objetiva de Ihering não empresta à intenção, ao *animus*, a importância que lhe confere a Teoria Subjetiva. E ainda preceitua:

[...] basta o *corpus*, para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa contato físico com a coisa, mais sim conduta de dono. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. Tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*. (GONÇALVES, 2017, p. 51)

Destarte, a conduta de dono pode ser verificada objetivamente, sem necessidade de que se perquirira acerca da sua conduta. Com isso, a posse pode ser compreendida como a exteriorização da propriedade, a visualização do domínio, o uso econômico da coisa, sendo, enfim, protegida, pois o domínio se manifesta (GONÇALVES, 2017, p. 51).

Não é demais salientar que existem situações análogas em que a norma agasalha, ou não, determinada relação do sujeito com determinado bem. Por isso, Venosa (2017a, p. 45) enfatiza que, quando não houver proteção, o que existe é mera detenção. Porém, a posse deve ser a regra, já que, sempre que alguém tiver uma coisa sob seu poder, dever ter direito à proteção. Contudo, somente em casos restritos, o direito a privar de defesa, quando, então, se estará diante do fenômeno da detenção.

É o que se extrai do art. 1.198 do Código Civil, o qual delibera:

Art. 1.198 - Considera-se detentor aquele que, se achando em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único: Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário. (BRASIL, 2002)

Por oportuno, faz-se indispensável lembrar que, conquanto as Teorias Objetiva e Subjetiva estejam enraizadas no estudo da posse, existe uma terceira Teoria que, em Estados Democráticos de Direito, a exemplo do Brasil, vem ganhando importância. Trata-se, segundo Melo (2015, p. 27), da Teoria Social da Posse, firmada por Saillelles, para o qual a posse “[...] não pode ser vista apenas como uma mera visualização do domínio, isto é, tem a posse uma valorização econômica e social própria”.

Também Tartuce (2016, p. 760) ressalta a Teoria de Raymond Saleilles, criticando a postura do legislador quando da elaboração do Código Civil de 2002, visto que poderia ter afastado a Teoria Objetiva, então adotada parcialmente, para “[...] trazer expressamente uma teoria mais avançada [...] que considera a função social”.

Não obstante a inexistência de expressa menção à Teoria da Função Social da Posse, o mesmo Tartuce (2016, p. 760) afirma que, em alguns dispositivos do Código Civil, ela se encontra, sim, adotada, a exemplo do previsto nos §§ 4º e 5º, do art. 1.228 do Código Civil, ao contemplar a desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

A Teoria Social, como salienta Melo (2015, p. 27-28), se encaixa ao modo como se revela a posse no Brasil, visto que, para o defensor da Teoria, a definição de posse não parte de uma situação jurídica permanente e homogênea. Pelo contrário, impõe àquele que pretende desvendar os seus mistérios a busca das diversas variáveis de acordo com a natureza da coisa, com a forma de utilização e com os usos do país e da época. Assim, esta Teoria é de grande valia, principalmente em países como o Brasil, onde a desigualdade social é nítida, fazendo com que a posse vire instrumento de igualdade social.

Sobre a importância da Teoria em comento, o autor supracitado ainda enfatiza:

A posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto (MELO, 2015, p. 28).

Resta evidente, portanto, que, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ter adotado a Teoria Objetiva de Ihering, realmente, fê-lo de forma parcial, posto que, em casos específicos, acolhe-se o elemento subjetivo *animus* para analisar a existência ou não de posse, a exemplo do que ocorre quando diz respeito à posse *usucapione*, em que se exige a posse com *animus domini* para usucapir determinado bem. Igualmente, denota-se que o intérprete tem que analisar conforme o caso concreto, para buscar a melhor adequação à norma, balizando-se, também, nos preceitos da Teoria preponderante, qual seja, a Teoria Social da Posse (MELO, 2015, p. 39).

Para Venosa (2017a, p. 175-176), o conceito, a extensão e a função da propriedade têm variado com a história. A compreensão que determinados Estados e seus povos têm dado ao instituto vem se adaptando à realidade social vivida em cada momento histórico. O destacado doutrinador observa que a compreensão e a concepção do instituto, até chegarem ao significado moderno de propriedade privada, passaram por várias interferências desde os tempos remotos; a história da propriedade resulta, pois, diretamente, da organização política de cada Estado.

De fato, na antiguidade, não se dava importância à propriedade imóvel privada, pois havia uma grande quantidade de terras. As pessoas não adquiriam a terra para investir ou demonstrar que tinham patrimônio; a terra era utilizada pela coletividade e as famílias as ocupavam como o objetivo da subsistência. Com efeito, a propriedade privada era inexistente nos tempos remotos. Nesse diapasão:

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. A propriedade coletiva primitiva é, por certo, a primeira manifestação de sua função social. Essa situação nos tempos primitivos facilmente se explica pelas condições de vida do corpo social de então. Os povos primitivos que ainda hoje sobrevivem, distantes do contato com o homem civilizado, mantêm a mesma organização. Enquanto os homens vivem exclusivamente da caça, da pesca e de frutos silvestres, não aflora a questão acerca da apropriação do solo. Admite-se a utilização em comum da terra pela família e pela tribo. Não se concebe a utilização individual e exclusiva. (VENOSA, 2017a, p. 173-174)

Venosa (2017a, p. 174) ainda agrega que os primeiros traços da propriedade individual são identificados na Lei das XII Tábuas. A princípio, do direito Romano, o sujeito recebia uma área de terra para cultivar e, após lavrá-la, passava-a, novamente, ao domínio da

coletividade. Gradativamente, firma-se o hábito de conceder sempre a mesma fração de terra aos mesmos sujeitos. Desse modo, o *pater familias* começa a se esculpir, passando a construir sua moradia, trabalhar e viver com sua família e seus escravos na terra utilizada para sua subsistência. Com esse espírito, nasce, no direito romano, a propriedade individual e perpétua; e a Lei das XII Tábuas codifica a noção jurídica do *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Fato relevante a ressaltar na evolução da propriedade é o caráter político que o instituto apresentou em dado momento da história romana, sendo que tal aspecto reapareceu por diversas vezes na construção do conceito instituto, o que demonstra sua relevância para a formação dos Estados e de seus cidadãos (WALD, 2002, p. 111).

Os direitos de propriedade, segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 164), emergem no instante em que os recursos se tornam escassos, pois, embora o indivíduo sempre tenha buscado a satisfação de suas necessidades, por meio da apropriação de bens, nos primórdios da humanidade, tal manifestação se dava de forma bem rudimentar. Significa dizer que, inicialmente, havia a busca por bens de consumo imediato; com o passar do tempo, difundiu-se o domínio de coisas móveis, até se concretizar a noção de propriedade privada, progressivamente complexa e plural.

Eis o horizonte em que os autores ora propostos constatarem que o direito de propriedade se apresenta como um direito subjetivo, inerente a qualquer ser humano e intrinsecamente relacionado à busca pela segurança propiciada pela conquista de bens (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 164).

Semelhante são os ensinamentos de Pereira, que sobre o advento do direito de propriedade enfatiza:

A princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, afeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objetos de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens da vida. Gerou ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal, coletiva. (PEREIRA, 2006, p. 81)

Evidencia-se, portanto, que a raiz histórica da propriedade remete, também, ao Direito Romano, tendo sido individual desde os primórdios, se revestindo de um caráter místico no início, misturando-se, ainda, com determinações políticas. Assim sendo, somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade, bem como apenas o solo romano podia ser objeto, vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada (PEREIRA, 2006, p. 82).

No Direito Romano, então, predominava a noção de que a propriedade era um bem individual, com caráter unitário, pelo qual não se admitia mais de um proprietário para uma mesma coisa, extraindo-se as características de direito absoluto, exclusivo e perpétuo, ideia que perdurou até a queda do Império Romano e o início da Idade Média (CHALHUB, 2000, p. 04).

Na Grécia Antiga, admitia-se a propriedade imobiliária privada, ao contrário do que ocorria na sociedade romana, na qual a propriedade imobiliária somente era admitida em sua modalidade coletiva, pertencente à *gens*. Nesse cenário, o *pater familias* detinha todo o poder de decisão sobre o patrimônio da *gens*, que englobava a terra, os escravos e os animais. Logo, como disserta Camargos (2001, p. 08), o patrimônio familiar incumbia ao *pater familias* e caracterizava-se pelo domínio perpétuo, exclusivo, isento de impostos, extensivo a tudo a que se encontrava acima e abaixo do solo, e sujeito a pequeno número de limitações.

Com a evolução do instituto, ampliou-se a suscetibilidade da aquisição aos estrangeiros, igualmente restando possível a aquisição ao solo itálico, o que contribui para o aparecimento de novas técnicas de aquisição da propriedade (PEREIRA, 2006, p. 82).

Venosa (2017a, p. 173-174) alerta para o fato de que, na Idade Média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista que vigorava quando foi cunhado o instituto no Direito Romano. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos, principalmente porque o território, nesse momento histórico, passa a ser sinônimo de poder.

Anote-se, ainda, que, na Idade Média, o conceito de propriedade foi influenciado, profundamente, pelo sistema feudal existente na Europa Ocidental. O feudalismo, como sistema social, político e econômico teve repercussões diretas na forma de apropriação e manutenção da propriedade imobiliária, porque a propriedade perdeu seu caráter exclusivista, uma vez que o domínio passou a ser fragmentado, o que implica dizer que a divisão de domínio em eminente (Estado), direito (senhor feudal) e útil (vassalo) levou à fragmentação do poder político que continua centrado na propriedade.

Ademais, a concepção de propriedade está ligada à de soberania nacional; os vassalos serviam ao senhor e não tinham acesso à terra, era o modelo feudalista da época (VENOSA, 2017a, p. 175). Dessa feita, o contorno do instituto sofre alterações, prevalecendo o brocardo *nulle terre sans seigneur*² e a terra começa a ser vista como fonte de riqueza e poder. O direito de propriedade estava intimamente ligado à soberania nacional. Os vassalos serviam ao senhor e não tinham acesso ao senhorio da terra. Era o que caracterizava o feudalismo vigente naquele momento da história.

² Em português: “nenhuma terra sem senhor”.

Durante a Idade Média, São Tomás de Aquino (2005, p. 158) procurou dar ao direito de propriedade menção moral e espiritual, por conta dos ideais cristãos: “[...] sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados”.

Por seu turno, Pereira (2006, p. 83) distingue a influência do Direito Natural sobre a evolução do direito de propriedade, ainda que, apenas com a Revolução Francesa, é que se democratizou o instituto, abolindo privilégios e cancelando direitos perpétuos sobre a propriedade.

Com a Revolução Francesa, o feudalismo deixou de existir, motivo pelo qual Venosa (2017a, p. 175) relata que, do século XVIII em diante, a Escola do Direito Natural começa a exigir leis que regulamentem a propriedade. Mais uma vez, constata-se uma alteração nos contornos da propriedade, emprestando-lhe, na oportunidade, um caráter extremamente individualista.

Sobre o cancelamento dos privilégios em relação à propriedade, fazendo ressurgir o conceito de propriedade exclusiva, Wald argui:

Coube à Revolução Francesa abolir os privilégios da nobreza, ressuscitando o conceito romanista de propriedade exclusiva, com um único titular. O direito de propriedade destaca-se assim dos direitos políticos, desligando-se do poder de jurisdição e do direito de cobrar imposto, e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites da regulamentação legal existente (art. 544 do Código Napoleão). O liberalismo do século XIX reconheceu amplamente os poderes do proprietário, só admitindo excepcionalmente a intervenção do Estado na propriedade alheia. (WALD, 2002, p. 112)

Verifica-se que, naquele momento histórico, foi necessária uma ruptura do sistema político vigente para emprestar à propriedade um caráter individualista, assegurando-se ao proprietário a mais ampla liberdade, observando o ordenamento jurídico vigente à época que poderia lhe impor algumas limitações no exercício de sua titularidade (WALD, 2002, p. 112).

Assim, foi desprezada a coisa móvel (*vilis mobillium possessio*), concentrando-se a atenção na propriedade imobiliária, então consagrada no Código de Napoleão, modelo para todo um movimento codificador que se visualizou no século XIX, tamanha reputação dada ao instituto que, à época, foi denominado de “Código da Propriedade”, ressaltando o prestígio dado ao imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Isso posto, o Código de Napoleão traçou uma conhecida concepção, extremamente individualista, do instituto da propriedade (PEREIRA, 2006, p. 83).

Porém, não se pode tratar da análise histórico-evolutiva do direito de propriedade ignorando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio a lume em 1789, quando foram adotados os princípios filosóficos dominantes no século XVIII, reconhecendo que os indivíduos teriam direitos naturais, anteriores e acima da organização social, direitos esses que o Estado e as normas elaboradas deveriam respeitar.

O direito de propriedade foi definido no art. 17 da Declaração em questão como um direito “inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado”, arrolado dentre os direitos fundamentais. O documento, no entanto, já previa como limite a esse direito a desapropriação por necessidade pública, mediante prévia indenização (CAMARGOS, 2001, p. 12).

Por isso, o Código de Napoleão se opôs à concepção da propriedade feudal, restaurando o conceito unitário da propriedade, de origem romana, além de ter definido a propriedade como o direito de fruir e dispor da coisa da maneira mais absoluta, desde que não exercido de forma proibida pelas leis e regulamentos, não estando o proprietário obrigado a ceder seu direito senão por causa de utilidade pública e recorrendo a prévia e justa indenização (CHALHUB, 2000, p. 04).

O liberalismo econômico que norteava o período posterior à Revolução Francesa, e que também influenciou o Código de Napoleão, trouxe uma concepção de igualdade meramente formal. Assim, somente poderiam usufruir da propriedade privada aqueles que tivessem condições materiais para tanto, o que significa que a propriedade privada acabou se resumindo em um privilégio da burguesia (CHALHUB, 2000, p. 05).

A concepção da propriedade como um direito individual, inviolável e absoluto, privativo das classes dominantes, que ressurgiu no pós-Revolução Francesa, mereceu acirradas críticas, como assevera Camargos (2001, p. 13), que cita, no plano jurídico, como críticos dessa concepção de propriedade, Leon Duguit e Josserand, o primeiro lançando bases da existência da função social inerente à propriedade e o segundo, a noção de abuso de direito.

Leon Duguit, a quem é atribuída à criação da teoria da função social da propriedade, que, inovando o pensamento jurídico de sua época, sustentou ser a propriedade não um direito subjetivo, mas uma função social, pronuncia-se:

El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee em la satisfacción de las necesidades individuales [...]; 2.^a “El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear su cosa

em la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias.³ (DUGUIT, 1920, p. 185)

O autor em tela, por sua vez, partia de uma posição positivista e socializadora, negando à propriedade o caráter de um direito individual, afirmando ter ela uma função social. Por isso, o indivíduo deveria aproveitar, corretamente, a propriedade e, uma vez desatendida essa obrigação, a prerrogativa assegurada ao senhorio poderia sucumbir. Diante disso, afirma que, nas sociedades modernas, a propriedade era, para todo possuidor de uma riqueza, o dever, a obrigação objetiva de empregar a riqueza que possuía em manter e aumentar a interdependência social, sintetizando, ao defender que a propriedade não deixava de ser um direito, mas passava a ter uma função social (CAMARGOS, 2001, p. 13-14).

A aceitação das ideias de Duguit não foi pacífica, merecendo severas críticas por procurar abolir a noção de direito de propriedade, condicionando-a a uma função social. Hoje, diversamente do que ele preceituava, considera-se que a propriedade não é uma função social, ainda que se encontre limitada por ela (CAMARGOS, 2001, p. 14).

Trilhando no rumo das concepções socialistas, Josserand (*apud* CAMARGOS, 2001, p. 15) formulou a teoria da relatividade dos direitos, demonstrando que todo direito, como razão de sua instituição, tem uma função social a desempenhar, e o titular do direito que não observasse essa função estaria cometendo abuso de direito, devendo ser reprimido pelos tribunais.

Deslinda-se, portanto, que, ainda que de forma incipiente os ensinamentos de Duguit e Josserand influenciaram a conceituação do direito de propriedade, vem sendo perdido seu caráter individualista e absoluto (CAMARGOS, 2001, p. 15).

Não se pode ignorar, nessa perspectiva, a influência do cristianismo para o conceito de propriedade e sua função social. Contudo, o questionamento de que havia algo mais entre a vontade do homem proprietário e sua terra começou a ser formulado ainda na Idade Média, com São Tomás de Aquino, conforme engendrado.

Pode-se afirmar, então, que, já a partir do século XIX, os estudiosos passaram a buscar um sentido social para a propriedade, como enfatiza Venosa (2017a, p. 175), o que era incompatível com os ideais que norteavam a propriedade no período da Revolução Francesa.

³ Tradução nossa: “*O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais [...]; e, “o proprietário tem o dever e, por conseguinte, o poder de empregar sua coisa na satisfação das necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias”.*

Segundo Pereira (2006, p. 85), é relevante constatar que, embora a ordem jurídica tenha abandonado a passividade que guardava ante os conflitos de interesses, passando a intervir, séria e severamente, no propósito de promover o bem comum, que é um dos objetivos da lei, assim como, também, assegurar a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos, permanecem as desigualdades na distribuição da propriedade, fato conspícuo na atualidade. E complementa:

Admitida a sobrevivência da propriedade privada como essencial à caracterização do regime capitalista, garante a ordem pública a cada um a utilização de seus bens, nos misteres normais a que se destinam. Mas, em qualquer circunstância, sobrepõe-se o social ao individual. O bem-estar de todos sobreleva às conveniências particulares. E, para realizá-lo, arma-se o legislador de poderes amplos e afirmativos. A Constituição de 1988, neste sentido, como argutamente salientado por Gustavo Tepedino, ao submeter os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento (arts. 1º, 3º e 5º), ditou uma disciplina que se dirige precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias, derivando de tal compatibilidade o preciso conteúdo da propriedade. (PEREIRA, 2006, p. 87)

Percebe-se que o conceito de propriedade comporta reflexos e se adapta conforme o momento vivido, como bem sintetiza Wald (2002, p. 115). Verifica-se, desse modo, o desenvolvimento do direito de propriedade, comumente ligado ao modelo de Estado que se apresenta sujeito a fatores econômicos, sociais e políticos do momento vivido, alternando-se entre o caráter exclusivo do Direito Romano e a relativização da Idade Média; ora com plenos poderes para seu titular, ora atrelado ao interesse social da coletividade, representado pelo Estado.

Por consequência, é um dos conceitos mais flexíveis do direito, moldando-se às contingências políticas, econômicas e sociais do momento, como uma real ferramenta de equilíbrio social que busca conciliar os interesses coletivos e individuais.

Desse modo, é patente que, se comparado o direito de propriedade nos primórdios da concepção romana aos dias atuais, constata-se que se esboça, com toda nitidez, uma tendência que se consolida na doutrina atual, distanciada das noções hodiernas dos conceitos clássicos, pois se busca, na efetiva conjuntura, que a propriedade atenda a um fim social, diversamente do que ocorria no passado (PEREIRA, 2006, p. 87).

Destarte, assim como ocorreu com a concepção da posse, o conceito de propriedade também muito evoluiu ao longo dos tempos, deixando de ser compreendido como algo absoluto e individual para ganhar importância e relevo na seara social.

Não se pode ignorar que o conceito de propriedade, com o tempo, sofreu grandes alterações, constando, no Código Civil de 1916, como pontua Clovis Beviláqua (TARTUCE, 2016, p. 790), como um “[...] poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral”, designação esta que não encontra respaldo na recente ordem jurídica.

Com a Constituição da República de 1988, tal conceito passou por alterações, porque o direito de propriedade não apenas se encontra, expressamente, reconhecido, relacionado dentre as garantias fundamentais (art. 5º, XXII) como também é previsto dentre os princípios da ordem econômica (art. 170, II), o que ressalta a sua importância, principalmente porque o constituinte não se refere à propriedade somente como um direito real, como disposto no Código Civil, mas, igualmente, como qualquer direito de conteúdo econômico, patrimonial, inclusive os direitos de crédito (DANTAS, 2015, p. 360).

No Livro III, do Código Civil Brasileiro de 2002, em que consta o regulamento do direito das coisas, percebe-se que a propriedade detém significativo papel na sociedade atual, ainda que tenha deixado de ser o patrimônio o centro do sistema jurídico, pois, desde o ingresso da Constituição de 1988, é a dignidade humana que norteia todos os institutos jurídicos. Em outros termos: mediante a CF/88, todo o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser interpretado em conformidade com os seus comandos, ao menos é o que se busca.

De acordo com Debs (2003, p. 24-25), a propriedade também deixou de ter caráter absoluto para cumprir sua função social; ou seja, o Estado começou a intervir para inibir abusos e possibilitar que todos, independentemente de suas raízes, tenham acesso à propriedade.

Dessa forma, modernamente, se tem assegurado a existência da propriedade como instituto político, todavia, o conteúdo do direito de propriedade coadune inúmeras limitações no direito positivo, a fim de permitir que o interesse privado não se sobressaia aos interesses maiores da coletividade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 718).

Ainda, atesta-se que a propriedade não mais se caracteriza como direito absoluto, como na época medieval. No presente, o direito de propriedade busca guarida diante da função social, de modo que, caso a propriedade não a cumpra, deve o Estado intervir para amoldá-la a essa qualificação. E essa função autoriza não apenas a determinação de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir o uso egoístico e antissocial da propriedade. Por consequência, o direito de propriedade é relativo e condicionado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 718). E conclui:

De forma sintética, podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada pela lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada. Extrai-se dessa noção que qualquer 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. A intervenção, como é obvio, revela um poder jurídico do Estado, calcado em sua própria soberania. É verdadeiro poder de império (*ius imperii*), a ele devendo sujeição os particulares. Sem dúvida, as necessidades individuais e gerais, como bem afirma GABINO FRAGA, se satisfazem pela ação do Estado e dos particulares, e, sempre que se amplia a ação relativa a uma dessas necessidades, o efeito recai necessariamente sobre a outra. (CARVALHO, 2015, p. 719)

O Poder Público, então, impõe normas e limites à propriedade privada; e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta antissocial da iniciativa particular. E, assim, com a intervenção estatal, o Poder Público chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, por meio da desapropriação (MEIRELLES, 2016, p. 728).

Outrossim, abordar estes tópicos é salutar para obter uma maior noção de onde se encontra inserido o direito de propriedade na atual ordem constitucional.

Wald (2002, p. 104) corrobora que a propriedade é o mais extenso dos direitos reais, abrangendo o bem em todos os seus aspectos e, por isso, comenta a importância do instituto em meio ao ordenamento como direito real por excelência.

De acordo com Melo (2015, p. 99), a propriedade pode ser definida, a partir da análise de seus elementos intrínsecos e extrínsecos, como o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo toda ingerência de terceiros. E adiciona:

[...] em uma ótica descritiva, a propriedade é definida segundo suas características, e sob este prisma podemos dizer que a propriedade é um direito subjetivo, absoluto, elástico, perpétuo, complexo e limitado, pelo qual uma pessoa submete determinado bem à sua vontade. Indicando os três critérios de definição adotados na presente obra, Orlando Gomes diz que a propriedade, sob o ponto de vista descritivo, “é o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei”. (MELO, 2015, p. 99)

Dessa forma, a propriedade é um direito subjetivo, pois se trata de situação jurídica em que todos devem uma prestação de não fazer ao proprietário, dotada, por conseguinte, de coercibilidade, além de passível de violação; é, também, um direito de natureza absoluta (não na concepção outrora, do direito de propriedade), porque, diferentemente, dos direitos

personais, a propriedade é exercida contra todos; é elástica, porque o proprietário pode distender e contrair os poderes dominiais ao seu arbítrio, gerando, com isso, os chamados direitos reais sobre coisa alheia; é perpétua, uma vez que não se extingue pelo não uso; é complexa, em razão de que encerra um punhado de poderes para o proprietário, nos termos do *caput* do art. 1.228 do Código Civil; é limitada, estando, hoje em dia, tranquilamente superada a ideia de que a propriedade é um direito sem limites (MELO, 2015, p. 100).

Para Tartuce (2016, p. 792), o referido dispositivo do Código Civil apresenta diferenças substanciais se comparado à disciplina da propriedade no diploma legal de 1916, que, em seu art. 554, proferia: “[...] a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. E, mais adiante, o autor completa: “Isso porque não há mais a previsão da existência de *direitos* relativos ao uso, fruição e disposição da coisa, mas sim de *faculdades jurídicas*, o que foi feito no sentido de abrandar o sentido do texto legal”.

Ao abordar tais faculdades, o legislador relativiza o direito absoluto que norteou a propriedade privada no ordenamento jurídico pátrio por longos anos, isso mesmo após a CF/88, que alterou o paradigma do direito de propriedade ao celebrar, terminantemente, o dever de que esta cumpra sua função social. Nessa perspectiva, Farias e Rosenvald versam:

Todos os direitos subjetivos, incluindo-se aí o direito subjetivo de propriedade, têm o seu conteúdo formado por faculdades jurídicas. Elas consistem nos poderes de agir consubstanciados no direito subjetivo. O Código Civil, em seu art. 1.228, traz uma definição acanhada do conceito de propriedade, pois não a qualifica como relação jurídica. Porém, acaba por dispor acerca do seu conteúdo interno, ao relacionar as faculdades inerentes ao domínio: usar, gozar, dispor de seus bens e reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 183)

Já Gonçalves (2017, p. 228), ao analisar o disposto no art. 1.228 do Código Civil, destaca que a legislação brasileira, de fato, não apresenta uma definição exata de propriedade, limitando-se a enunciar os poderes do proprietário, posto que o referido dispositivo legal preconiza ser faculdade do proprietário o uso, gozo e a disposição da coisa, bem como o direito de reavê-la daquele que, injustamente, a possua ou detenha. Note-se que o que faz o Código Civil é elencar as faculdades inerentes ao domínio, sendo que o § 1º do art. 1.228 conduz ao nível infraconstitucional a função social da propriedade:

Art. 1.128 [...]

§ 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)

Partindo dessa premissa, considerando apenas seus elementos essenciais enunciados no artigo de lei em comento, é que se pode definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de determinado bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua completude e dentro dos limites descritos na lei, tal qual o direito de reivindicar de quem, injustamente, o detenha (GONÇALVES, 2017, p. 230).

Volpato (2008, p. 05) conceitua o direito de propriedade da seguinte forma:

A propriedade é uma instituição jurídica dinâmica. Ela surgiu para corresponder a uma necessidade econômica. E, portanto, bem como todas as instituições jurídicas, carece de uma nova conceituação, a evoluir segundo necessidades sociais e econômicas contemporâneas. (VOLPATO, 2008, p. 95)

Entende-se que o direito de propriedade, na atual sistemática legal, está atrelado à função social, vez que a propriedade deve ser entendida como um dos direitos basilares do ser humano, não podendo sobrelevar outros direitos, principalmente aqueles que estão em prol dos interesses da coletividade (MELO, 2015, p. 103).

Venosa (2017a, p. 175), conseqüentemente, reforça que o direito de propriedade, hoje, é restringido, em especial no que tange à propriedade imóvel: “Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade”. Enquanto Sanches produz uma visão realista acerca do que acontece no século XXI, quando uma pequena parcela da população detém a propriedade:

Com os pés no século XXI, o que enxergamos é a força econômica que, apesar de não prescindir da força de trabalho dos menos favorecidos, os mantém submissos aos ditames impostos pelos sistemas econômico e social, que se baseiam na predominância do capital e na aquisição ilimitada de bens, mostrando-se fortemente arraigados nas sociedades em que pequena parcela da população detém o capital. (SANCHES, 2011, p. 25)

Nesse ponto, é conveniente lembrar que os parágrafos do art. 1.128 do Código Civil determinam que o direito de propriedade não pode se sobrepor aos direitos da coletividade, elucidando, portanto, que o direito de propriedade está sujeito a normas de caráter público, abandonando sua concepção individualista de outrora. Como consequência, todas as faculdades colocadas à disposição do proprietário devem ser exercidas dentro dos limites que lhe impõe o Estado, sob pena de ser o direito de propriedade restringido ou, mesmo, perdido.

Sobre a questão, Volpato (2008, p. 98) analisa: “[...] os termos da Constituição Federal vigente no Brasil, a função social não pode se dissociar, para configurar o uso racional do solo, em atividades rurais, de dois critérios elementares: o cumprimento da legislação trabalhista e a adequação à legislação ambiental”.

E Wald (2002, p. 107), no tocante à limitação, afirma que a doutrina moderna tem estabelecido limitações para o exercício do direito de propriedade, entendendo importante corrente doutrinária liderada por León Duguit, visto que a propriedade, antes de ser um direito subjetivo, deve ser uma função social. Especifica o autor que a doutrina caminha no mesmo sentido da legislação contemporânea e anuncia que as normas que regulamentam a desapropriação por interesse social e utilidade ou necessidade pública expressam que a vontade individual deve submeter-se à intervenção estatal para se adequar aos interesses da coletividade.

Quanto aos bens móveis e imóveis, o Código Civil considera assim os distingue: “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”; e “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” (BRASIL, 2002). Importante ressaltar que esta pesquisa somente abordará os bens imóveis.

É franca compreensão de que o direito de propriedade não é absoluto, principalmente porque, na atual ordem constitucional, deve, indubitavelmente, atender à sua função social (GONÇALVES, 2017, p. 23), questão que, dada sua relevância para este estudo, tornará a ser exposta oportunamente.

1.3 A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

No tempo atual, a maioria dos ordenamentos do mundo contemporâneo assume pressupostos de que há limites ao uso individual da propriedade, incorporando, por conseguinte, uma função social da propriedade. Nesse entendimento, pontua Mesquita:

À exceção da carta mexicana, que na extensa redação do art. 27 atribui ao Poder Público um largo espectro de competências para não só estabelecer limites, mas impor deveres e estabelecer estímulos conforme dada política previamente estabelecida, a Carta de Weimar e as Constituições brasileiras a partir de 1934 propuseram um modelo de propriedade ligado a limitações de ordem pública, com vistas ao bem comum, que se destinava a atenuar as desigualdades sociais. (MESQUITA, 2007, p. 101)

A aclamação do princípio da função social da propriedade alterou a concepção individualista da propriedade, levando ao abandono gradativo dessa visão, fazendo predominar a visão de que o instituto, muito mais do que um fim, remete a um meio para alcançar o bem-estar social.

Silva (2017, p. 283-284) analisa que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade; antes, é vista como um atributo, que integra os princípios fundamentais da Constituição de 1988.

Acontece que, nem sempre, a propriedade teve tais contornos, sendo imperioso compreender quando irrompeu a noção de função social, e como se encontra disciplinada tal questão no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário demonstrar como o direito pátrio trata do tema desde o estabelecimento do Código Civil de 1916.

Inicialmente, importa registrar que o momento vivido no Brasil, quando da elaboração do Código Civil de 1916, era em sentido oposto ao da socialização da propriedade, prevalecendo uma visão materialista, até mesmo porque a sociedade acabara de ingressar na República.

Sobre a instituição do referido diploma legal, sopesa-se:

[...] com isso, acentuou-se uma nítida vocação materialista do código civil de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o crédito e a propriedade, mantendo ainda, a todo custo, a estabilidade da família casamentaria, pouco importando a dignidade do devedor ou reconhecimento do filho bastardo. Embora não possamos negar sua grandeza técnica, sem cometermos grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então; aliás, se fizermos uma detida análise do pensamento filosófico do grande BEVILÁQUA, elaborador do projeto do Código de 1916, poderemos detectar nítida vocação positivista, com acentuados matizes de materialismo existencial. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 63)

Vê-se, portanto, que a influência de nossa história foi essencial para a elaboração do texto da lei, de modo que o legislador se prendeu aos anseios de uma sociedade de economia rudimentar e pós-escravocrata.

Não obstante, a visão dualista da eficácia da função social não é unânime dentre os doutrinadores, se bem que não se possa negar que os ideais ratificados no Código Civil de 1916 refletiam um direito à propriedade e, também, noções de função social, ambos bem diversos dos concebidos na contemporaneidade, especialmente porque aquela era tida como absoluta, ideia esta ainda inconcebível.

No Código Civil de 1916, a ideia de propriedade absoluta, plena e individual foi mantida, uma vez que tal diploma foi, fortemente, influenciado pelos ideais liberais da Revolução Francesa e pelo Código de Napoleão, de 1804, além de ter descartado o pensamento social da Igreja exteriorizado a partir da Encíclica “*Rerum Novarum*” e os conceitos dos pensadores socialistas da metade do século passado. Assim, o Código Civil encetou como pilares: a família, centrada no casamento; o contrato, alicerçado na autonomia privada da vontade das partes; e a propriedade, encerrada como direito individual e absoluto.

Mesmo que o Código Civil de 1916 tenha admitido um pensamento individualista, a Constituição de 1934 introduziu sensível mudança em relação à estrutura do regime jurídico da propriedade privada, promovendo substancial alteração em sua expressão. Por isso, Madeira (1998, p 78-79) ressalta que essa segunda fase do constitucionalismo brasileiro se caracteriza pela demarcação da função social a ser atribuída à propriedade. Isso ocorreu, sobretudo, pela evolução dos institutos jurídicos que contribuíram para o modelo de Estado Social despontado, no Brasil, a partir de 1930.

O Código Civil de 2002 não contém menção à função social da propriedade; porém, inovou, sobremaneira, ao tratar do princípio em relação aos contratos, além de deixar implícito, em diversos dispositivos, que a liberdade de contratar não é absoluta. Logo, o direito à propriedade, que nasce de um contrato, também não o é.

Nesse sentido, preconiza o art. 421 do diploma legal em tela, o qual dispõe que a “[...] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). Assim, o contrato passou a ser norteado, no corrente Código, pelo princípio da função social.

Desse modo, o legislador, terminantemente, reconheceu que é de grande valia a realização de um negócio jurídico que traga benefícios econômico-financeiros, mas, em contrapartida, enverga muitos fatores negativos, de modo a contaminar o negócio ali ideado.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 58), desde determinado momento, observaram que a propriedade mereceria tutela se atendesse a uma finalidade social, deixando de lado uma visão antiquada de concepção desse direito, passando-se a abraçar uma doutrina mais afinada que atendesse aos anseios da atual sociedade.

Correlatos são os ensinamentos de Dantas (2015, p. 361), que divisa na função social o dever imposto ao titular do direito de propriedade de utilizá-lo de maneira que interesse ao bem comum, na forma especificada tanto pela CF/88 como pelas leis infraconstitucionais; mencionado autor afirma que a ideia de função social da propriedade emanou do confronto entre a doutrina liberal (que preconizava o caráter exclusivo, absoluto e perpétuo da

propriedade) e a marxista (que defendia o fim da propriedade privada), correspondendo, pois, a um meio termo entre elas.

Contudo, socializando-se a ideia de propriedade, naturalmente, o contrato trilhou este mesmo caminho, de reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico, pois o contrato não deve ser visto, apenas, como instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social, de modo que, não existindo o contrato, a sociedade e a economia se estagnariam por completo. Talvez por isso, o legislador tenha tratado de forma imperativa o princípio da função social em relação aos contratos.

Ademais:

[...] em verdade, garantias constitucionais, tais como as que impõem o respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis trabalhistas, à proteção a ordem econômica e da liberdade de concorrência, todas elas, conectadas ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, remetem-nos à ideia de que tais conquistas, sob nenhuma hipótese ou argumento poderão, posteriormente, virem a ser minimizadas ou neutralizadas por nenhuma lei posterior. Nessa mesma linha, a socialização do contrato, devidamente amparada no sistema constitucional e consagrada expressamente pelo art. 421 do código civil, não poderia, em nosso entender, sofrer ulterior constrição ou violência por parte de lei ordinária, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. A essa conclusão chegamos, uma vez que, ao ferir esse princípio os direitos e as garantias acima mencionadas também restariam vulnerados. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 62)

De fato, não mais se concebe que as relações jurídicas sejam desprovidas de uma finalidade maior, ou seja, que se fundem tão somente nos anseios individuais dos sujeitos envolvidos, uma vez que o individualismo cedeu espaço ao bem-estar coletivo, contribuindo para que a função social da propriedade ganhasse relevância.

No § 1º, do art. 1.228, o legislador indica os poderes inerentes ao proprietário, não buscando somente coibir o uso abusivo da propriedade, mas inserindo o conceito de utilização adequada da propriedade em sociedade. Sobre a questão, Venosa esclarece:

Utilizar da propriedade adequadamente possui no mundo contemporâneo amplo espectro que desborda para aspectos como a proteção da fauna e da flora e para sublimação do patrimônio artístico e histórico. Há que se preservar a natureza e todo o seu equilíbrio com desenvolvimento sustentável, para que não coloquemos em risco as futuras gerações deste planeta. (VENOSA, 2017a, p. 179)

Destarte, para melhor entendimento de como a função social da propriedade é contemplada no presente, em âmbito constitucional e infraconstitucional, passa-se a abordar sua evolução nas Constituições brasileiras.

O desdobramento dos estudos em torno da propriedade no ordenamento jurídico pátrio partiu de uma concepção individualista impactando no modelo atual, em que a função social é uma preocupação do Estado e o princípio norteador do instituto.

A Constituição Política do Império, de 1824, foi, fortemente, influenciada pelo Código Civil Francês, aplicando, por conseguinte, o direito de propriedade de forma plenamente individualista, de modo que a inviolabilidade de tal direito apenas seria transgredida se o bem público assim o exigisse (CAVEDON, 2003, p. 62); tanto o foi que o art. 179, nº 22, do texto constitucional estabelecia a garantia da plenitude do direito, determinando que a “[...] lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização” (WALD, 2002, p. 104).

Nesse giro, Camargos (2001, p. 24-25) ressalta que a única limitação existente sob a égide dessa Constituição era quanto ao exercício pleno do direito de propriedade, quando este se restringia à possibilidade de desapropriação, hoje denominada de utilidade pública ou necessidade pública, vez que não se cogitava determinar para o proprietário quaisquer condutas impositivas.

A Constituição da República de 1891, que instaurou a Federação calcada no entendimento liberal burguês do direito de propriedade, manteve a ideia de propriedade individual, resguardando esse direito em toda sua plenitude, salvo no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, o que pressupõe que era omissa acerca do princípio da função social (CAMARGOS, 2001, p. 25).

Importante sublinhar, neste ponto, que o direito de desapropriação não se confunde com a função social da propriedade: enquanto esta é elemento estrutural do direito de propriedade, influenciando sua definição, exercício e tutela, a desapropriação é simples limitação pública decorrente do interesse estatal em determinada propriedade.

Isso acontece porque as limitações ao exercício do direito de propriedade não eram bem vistas pela sociedade, que, por sua vez, compreendia tal situação como afronta ao princípio da liberdade de iniciativa, forte princípio do Estado Liberal.

A disciplina do direito de propriedade começou a ser alterada no cenário brasileiro com a Constituição de 1934, que, em seu texto, traduziu a necessidade de se observar o caráter social da propriedade, encetando, no art. 113, nº 17, que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social e coletivo (WALD, 2002, p. 105).

Cumprido salientar que essa mudança de paradigma se deve às Constituições sociais de Weimar e do México, que preconizavam um aumento das hipóteses de intervenção pública na propriedade privada, desde que em prol do bem público e mediante indenização ao particular (CAVEDON, 2003, p. 63).

A revolução verificada no regime jurídico da propriedade, introduzido pela Constituição de 1934, pode ser mais bem compreendida se considerado o fato de que a Constituição em apreço foi, estreitamente, influenciada pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, que, na ótica de Madeira (1998, p. 79), são exemplos da função social da propriedade e de sua constitucionalização.

Com o “Estado Novo”, que se instaurou pelo Golpe Militar de novembro de 1937, veio à lume uma nova Constituição, que procurou manter o princípio da função social inaugurado por sua precedente, porém empregando uma linguagem dissimulada na concretização de seus propósitos, não explicando com a mesma cristalinidade o regime jurídico da propriedade (CHALHUB, 2000, p. 12-14).

Não obstante, a Constituição de 1937 não conservou a mesma linha acolhida por sua antecessora e silenciou quanto à função social da propriedade; ou seja, representou “[...] um retrocesso do processo evolutivo da propriedade no Direito Constitucional Brasileiro, suprimindo a vinculação ao interesse social ou coletivo preconizado pela Constituição de 1934” (CAVEDON, 2003, p. 63).

Em relação à Constituição de 1946, Mesquita reflete:

A Constituição promulgada em 18 de setembro e publicada no dia 25.09.1946 trouxe a proteção da propriedade no caput do art. 141, reiterando a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, acrescentando a hipótese de interesse social e de uso por parte das autoridades “competentes” “[e]m caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, [...] se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior” (§ 16). O art. 147, situado no título Da Ordem Econômica e Social, condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social, autorizando a lei a “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”, respeitado o disposto no § 16 do art. 141.

Aí surge pela primeira vez a menção ao interesse social diretamente, diretamente ligado à noção de função social. ligado à noção de função social. (MESQUITA, 2007, p. 98)

Essa ressalva em torno da possibilidade de desapropriação do direito de propriedade em prol do interesse comum, mediante indenização, conduziu o direito de propriedade ao bem-estar social. Então, a noção de função social voltou revigorada com a Constituição de 1946, que, em seu art. 141, § 16, garantiu o direito de propriedade e, em seu art. 147, determinou que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”.

Foi graças a esta colocação voltada ao direito de propriedade que se abriu espaço para o Estatuto da Terra, a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, com dispositivos específicos sobre a função social da propriedade em torno da propriedade rural (MADEIRA, 1998, p. 85).

Logo, pode-se afirmar que a Constituição de 1946 fez figurar o direito de propriedade, ao abrigo do regime da função social, de forma mais cristalina e sob um critério mais bem elaborado e mais bem definido do que todas as demais Cartas Magnas que a antecederam (MADEIRA, 1998, p. 81).

Com relação à Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, Mesquita pondera:

Mais tarde, a Constituição do Brasil de 24.01.1967 protegeu a propriedade no caput do art. 150, § 22, repetindo virtualmente a disposição do § 16 do art. 141 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

A “inovação” ocorreu na redação do art. 157, III da Constituição de 1967, em que apareceu pela primeira vez a expressão função social no texto constitucional pátrio:

“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade”.

A EC 1, de 17.10.1969, também conhecida como Constituição de 1969, passou a proteger a propriedade no caput do art. 153 e no seu § 22, com a seguinte redação: (MESQUITA, 2007, p. 98)

Essa Constituição e a respectiva emenda constitucional mantiveram a garantia ao direito de propriedade e ressaltaram a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, com base no princípio da função social da propriedade. Relativamente à Constituição em evidência, Pontes de Miranda assevera:

O direito brasileiro sempre teve limitações ao uso da propriedade. O Código Civil mais as explicitou. Porém, uma coisa é o limite ao uso, elaborado milenarmente, ou sob a inspiração de regras entre vizinhos, e outra o limite que não precisa do elemento conceptual da vizinhança, ou, sequer, da proximidade, ou sob a inspiração de regras entre vizinhos. Bem-estar social é conceito bem mais vasto que vizinhança, ou proximidade. Cumpre, porém, advertir-se em que esse conceito não dá arbítrio ao legislador. Não é ele que, a seu talante, enuncia julgamentos de valor, para que, invocando o bem-estar social, limite o uso da propriedade. O art. 147, 1ª parte, não disse que a lei poderia restringir o uso do direito de propriedade, o que se havia de entender se estivesse escrito no art. 147, 1ª parte. “O uso da propriedade é garantido dentro da lei”. Fixado o conteúdo do direito de propriedade, sabe-se até onde vai a sua usabilidade. O que o art. 147, 1ª parte, estabelece é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar, tem de ser desaprovado. O art. 147, 1ª parte, não é, portanto, somente pragmático. Quem quer que sofra prejuízo por exercer alguém o uso, ferindo ou ameaçando o bem-estar social, pode invocar o art. 147, 1ª parte, inclusive para as ações cominatórias. (PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 498)

Ainda para Pontes de Miranda (1987, p. 398), o termo “propriedade” tem sentido amplo, envolvendo todo direito patrimonial, não sendo a função social limitação ao direito de propriedade, mas uma desautorização legal àquele que não faz cumprir tal função.

A Constituição da República de 1988, que foi publicada em meio a ideias redemocratizadas, manteve a mesma linha, consagrando o direito de propriedade, salientando a necessidade de ser a função social da propriedade observada; isto é, tratou da função social da propriedade em seu texto, destacando-a como princípio geral da atividade econômica, associado à defesa do meio ambiente, nos termos do art. 170.

Segundo o referido dispositivo constitucional, a função social é, atualmente, vista como parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, como seu outro lado (somente havendo direito de propriedade se este for exercido consoante sua função social).

Vale reforçar que a noção atribuída à propriedade no âmbito do Direito Civil, limitando-a aos bens materiais tangíveis, com a Constituição Federal de 1988, ganhou nova dimensão.

Carvalho Filho (2015, p. 721) preconiza que essa visão que leva em conta os relevantes interesses da coletividade motivou o Constituinte a condicionar a propriedade ao atendimento da função social (art. 5º, XXIII). Dessa forma, ao fazê-lo, veio a possibilitar que o Estado interviesse na propriedade sempre que esta não estivesse amoldada ao pressuposto exigido na Constituição. Com isso, prevalece o interesse público sob o particular.

O pressuposto constitucional não afasta nem suprime o direito em si. Pelo contrário, o sistema vigente procura conciliar os interesses individuais e sociais e, somente quando há o conflito, é que o Estado dá primazia a estes últimos. Logo, a função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos. Por consequência, a função social visa a recolocar a propriedade na sua trilha normal (CARVALHO FILHO, 2015, p. 722).

Além disso, foi o direito de propriedade consagrado no rol dos direitos fundamentais, sem prejuízo de sua inserção no rol dos deveres individuais e coletivos, qualificando o cunho social e ambiental da propriedade. Para tanto, o legislador constituinte estabeleceu, nos arts. 182, § 2º, e 186 da Constituição, o conteúdo da função social tanto com referência à propriedade urbana quanto no que tange ao espaço rural.

Anote-se, ainda, que a Constituição da República de 1988 estabeleceu que um dos requisitos para o seu cumprimento seria, exatamente, a proteção ao meio ambiente, “[...] ensejando a designação, também, de uma função ambiental à propriedade, apesar da Constituição não utilizar explicitamente esta terminologia” (CAVEDON, 2003, p. 64).

Como preleciona Camargos (2001, p. 35), a Constituição vigente disciplina a questão em dois pontos, tratando, separadamente, a propriedade imobiliária urbana e a propriedade imobiliária rural. Assim, o art. 182 dispõe sobre a política urbana, fixando os instrumentos

legais à disposição do Poder Público, para a promoção e o desenvolvimento urbano, e da função social da propriedade imobiliária urbana: imposto predial e territorial urbano progressivo, parcelamento ou edificação compulsórios e desapropriação com pagamentos mediante títulos da dívida pública.

Por oportuno, o princípio da função social da propriedade incide sobre a estrutura e o conteúdo da propriedade, sobre a própria configuração do direito, e constitui elemento que qualifica a situação jurídica considerada, condicionando os modos de aquisição, uso, gozo e disposição dos bens. Portanto, não envolve apenas limitação do exercício das faculdades do proprietário inerentes ao domínio. Pode-se dizer que a função social introduz, na esfera endógena do direito, um interesse que até pode não coincidir com o do proprietário, prevalecendo o social sobre o individual, sendo chamado este fenômeno de socialidade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 801).

Dessa maneira, a Constituição Federal, além de determinar, no supramencionado art. 5º, inciso XXIII, que a propriedade deverá atender à sua função social, ela também fornece, em seu art. 186, os requisitos necessários para que propriedade rural cumpra tal função, a saber: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (DANTAS, 2015, p. 361).

Por sua vez, a propriedade imobiliária rural se encontra regulada nos arts. 184 a 187, que entabulam, como instrumentos para a implementação e observância da função social, a política agrícola e a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária e o imposto territorial rural progressivo, como instrumento para a obtenção da função social da propriedade rural, disciplinado no art. 153, § 4º da Constituição (CAMARGOS, 2001, p. 35-36).

Assim, pode-se afirmar que a função ambiental da propriedade é uma inovação introduzida pelo legislador constituinte de 1988, que não se limitou a resguardar e consagrar a função social da propriedade, indo além, como observa Cavedon:

A caracterização desse direito sofreu um processo evolutivo que acompanha as três gerações de evolução dos direitos. Assim é que a primeira Constituição brasileira e a que lhe sucede fixam o Direito de Propriedade de acordo com os traços dos direitos individuais de primeira geração. Já a partir da Constituição brasileira de 1934 e seguintes (com exceção da Constituição brasileira de 1937), o Direito de Propriedade ganha contornos sociais a fim de adequar-se à segunda geração de direitos, ou seja, os direitos sociais.

Portanto, a Propriedade adquire uma Função Social. E, por fim, a Constituição da República Federativa de 1988, já sob a influência da terceira geração de direitos, acrescenta ao Direito de Propriedade um novo elemento, ou seja, uma Função Ambiental. (CAVEDON, 2003, p. 64-65)

Neste ponto, é nota-se que não mais se concebe que a propriedade seja vista, tão somente, como um direito real, muito menos se admite uma concepção restrita da função social a ser exercida. Pode-se afirmar, pois, que a função social da propriedade se atrelou ao meio ambiente preservado e equilibrado, concebido como bem comum. Em outras palavras, ainda, significa dizer que a propriedade se reveste de um caráter social e ambiental. Sobre o tema, com enfoque na educação, Martins e Sanches constataam:

No entanto, nos atentemos ao fato de que a educação, sobretudo a educação ambiental, tem ampla defesa constitucional, nesse sentido, mister nos atentarmos a salientar que, além da proteção constitucional, existem outras leis, federais e estaduais, com o intuito de garantir o exercício da disposição constitucional, isto é, temos que o direito ambiental, o direito à educação, o que compreende a sustentabilidade, a ecopedagogia, enfim, esses braços da Educação visando a preservação de nosso meio ambiente, possuem uma grande variedade de dispositivos legais defensores, o que somente reforça a tese de que as raízes do problema são bem outras, que não a falta de conhecimento a respeito da temática ou mesmo a inocuidade da proteção legal. (MARTINS; SANCHES, 2012, p. 73)

Defendendo que, hodiernamente, a função social da propriedade engloba uma vertente ambiental, encontra-se Wald (2002, p. 106), asseverando predominar a fase de predomínio do social sobre o individual, uma vez que, em meio a um Estado Democrático de Direito, deve haver coincidência do interesse da coletividade com o Estado, sem prejuízo do reconhecimento de direitos individuais intangíveis.

Percebe-se, por conseguinte, no que concebe a propriedade privada, que a Constituição da República de 1988 se distingue de todos os diplomas que a antecederam por ter previsto a propriedade enquanto direito individual e fundamental, vinculada ao cumprimento de sua função social.

Um ponto importante nesse debate é o art. 182 da CF/88, regulamentado pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, cuja finalidade proclama normas de ordem pública e interesse social que regulam a utilização da propriedade.

Por meio de instrumentos urbanísticos, o município poderá disciplinar a função social da propriedade, seja pelo plano diretor (obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes e municípios integrantes de área de especial interesse turístico) ou pelas leis orgânicas locais das cidades de porte reduzido. O plano diretor será “instrumento básico da política de

desenvolvimento e expansão urbana” (art. 182. § 1.º CF). Por meio deste instrumento normativo municipal, será delimitado o crescimento ordenado da Urbe, com acentuada preocupação de impedir a concentração de áreas especulativas, evidenciando a importância de controle de uso e ocupação do solo. Trata-se de um conjunto de regras básicas que resultam de uma acurada análise das vocações da cidade, seus problemas e potencialidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 212-213)

Assim, o fundamento do diploma legal em pauta é colocar o cidadão em um local urbano, em condições de, neste local, poder desempenhar sua função de cidadão, por meio do acesso à moradia, ao lazer, trabalho e do acesso à propriedade.

Para Venosa (2017a, p. 181), o Estatuto das Cidades faculta a regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição, definindo os caminhos da política urbana; entretanto, teve seu propósito atropelado pelo Código Civil, que acabou por tratar de assuntos semelhantes no tocante à propriedade, criando, assim, muitas vezes, conflitos interpretativos que poderiam ter sido evitados pelo legislador.

O princípio da função social, sob o prisma de um direito individual, passa, então, a ser regido por um regime jurídico que o reconhece como um direito individual-social, recebendo influência, em sua regulamentação, de toda estrutura do constitucionalismo moderno. Logo, como enfatiza Madeira (1998, p. 90), passa a existir o binômio homem-sociedade num mecanismo de completa interação e reciprocidade de direitos e deveres.

Ademais, o texto constitucional deixa claro o fato de que a propriedade individual está imersa no compromisso com a ordem econômica no seu sentido social, dado que, além de ser uma garantia individual, é, também, um dos princípios basilares da ordem econômica, juntamente com a função social da propriedade.

A previsão da função social em capítulos diversos da Constituição tem uma função primordial, pois, enquanto os princípios insculpidos no art. 5º não podem ser objeto de reforma, tampouco de Emenda Constitucional, por se tratar de cláusula pétreia, como se depreende do art. 60, § 4º, IV, os princípios condicionantes da ordem econômica permitem ser afastados por meio de emenda. Desse modo, caso a função social não fosse inserida como um dos mandamentos fundamentais, qualquer alteração na redação do art. 170 poderia suprimir do ordenamento jurídico a exigência do cumprimento da função social da propriedade pelos detentores da titularidade.

A função social, aqui uma crítica, tão fiscalizada e exigida das propriedades privadas, deveria ser exigida e fiscalizada em relação aos imóveis públicos (União, Estados e municípios), pois o que se presencia são vários imóveis não sendo utilizados de forma social correta. Esta situação fica latente na sociedade atual, tanto na esfera urbana como na rural.

Portanto, é possível concluir que a consagração do princípio da função social dentre os direitos fundamentais representou a sua elevação hierárquica, na medida em que passou a constar como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito. Ou, dito de outra forma, o princípio da função social é, também, responsável pela busca da igualdade social, pelo respeito à dignidade humana e pela concretização da justiça social.

A função social condiciona tanto os caracteres quanto os elementos do direito de propriedade; ou seja, o absolutismo, a exclusividade e a irrevogabilidade são atingidos profundamente, podendo-se afirmar que, frente ao princípio da função social, deixam de existir.

Por fim, cumpre notabilizar que o Código Civil de 2002 veio a contemplar o que já estava estipulado pela Constituição da República de 1988 e em leis específicas, demonstrando que há uma preocupação legal de elevação do nível econômico e social da população com a obtenção de maior produtividade e de uma melhor distribuição da riqueza, o que evidencia a propriedade como um meio para realização de interesses individuais e como um instrumento para assegurar, a todos, condições de vida digna e de pleno exercício da cidadania.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, pois compõe a liberdade do ser humano, estando presente no rol de direitos de terceira dimensão (direitos difusos), cuja principal característica é a transindividualidade. Constitui um direito que está intimamente ligado ao direito de propriedade e à função social da propriedade, tema já explorado anteriormente. A ideia de direito ao meio ambiente aparece no contexto de pós-guerra, os direitos dos povos (terceira dimensão), quando foram testemunhadas pela humanidade as consequências de atos terríveis praticados pela humanidade, tais com uso de bomba atômica e o holocausto, provocando um choque de pensamento na sociedade.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental deu-se apenas na Declaração de Estocolmo (1972), em seu Princípio 1:

1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o “apartheid”, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972)

Já no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi pioneira e apresentou, entre seus dispositivos, maior relevância ao meio ambiente, pois, pela primeira vez, tutelou, em seu texto, os valores ambientais, tais como: desvinculação do instituto da posse e, também, uma nova concepção ligada aos direitos difusos.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental, tutelando a preservação da vida, delineando-se como indispensável ao desenvolvimento da sociedade e à melhor qualidade de vida. Cavedon (2003, p. 90) corrobora com essa apreciação: “[...] está diretamente relacionado ao direito fundamental à vida, visto que a realização deste direito requer condições ambientalmente saudáveis”.

Ainda sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, Levorato se manifesta:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à categoria de um direito fundamental de terceira geração, por cuidar especificamente da manutenção do homem sobre a terra. O que eleva esse direito à condição dos direitos fundamentais é precisamente a sua finalidade, pois é impossível encontrarmos vida e muito menos vida sadia em um meio ambiente desequilibrado. Houve a necessidade de se formularem novos conceitos, inclusive éticos, capazes de garantir aos povos de todo o mundo sua manutenção e preservação. (LEVORATO, 2003, p. 74)

Salienta-se que, mesmo o meio ambiente ecologicamente equilibrado estando fora do rol de direitos fundamentais no art. 5º da Constituição Federal de 1988, o art. 225 o caracteriza e eleva como princípio constitucional: “[...] 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”.

O direito ao meio ambiente foi alçado a direito fundamental, ao lado dos outros princípios presentes no art. 5º da CF/88, compartilhando o dever de preservar entre sociedade e Estado, conforme jurisprudência do STF, ADI 3540 MC, anexada nesse trabalho (Anexo I). A jurisprudência conduz ao entendimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este um direito de terceira geração, obrigando o Estado e a coletividade a defendê-lo e preservá-lo para benefício das futuras gerações.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi conduzido à categoria de direito fundamental de terceira geração por cuidar, especificamente, da manutenção do homem sobre a terra.

Pormenorizando a questão, em termos do direito de propriedade, para fins desta pesquisa, é conveniente o recorte no tocante à propriedade rural, considerada bem de produção, afinal o meio ambiente detém particular relevância na ordem econômica, visto ser um requisito para o cumprimento da função social. Por isso, deve haver uma harmonização entre a esfera privada do titular de domínio e a preservação ambiental (sociedade) para que não haja dano a nenhum dos envolvidos.

Destarte, entende-se que o direito de propriedade é assegurado pela Constituição Federal; contudo, tal direito não é absoluto, isto é, o imóvel tem que estar cumprindo sua função social, pois, caso ocorra o descumprimento, o imóvel poderá ser desapropriado, em prol de um melhor uso, importando salientar o prevaecimento do direito da coletividade frente ao direito individual. Logo, o instituto da função social da propriedade, de certa forma, visa a equilibrar a desigualdade social latente em países como o Brasil (MELO, 2015, p. 109).

1.4 Intervenção do Estado Fundamentada pelo Interesse Público e Função Social na Propriedade Privada Imóvel Urbana

Este tópico é elementar para o debate proposto, pois, mesmo que este estudo mantenha como foco principal a propriedade rural, a função social da propriedade assume, com a Constituição da República de 1988, papel primordial no ordenamento jurídico brasileiro, autorizando a intervenção do Estado na propriedade privada, seja ela rural ou urbana. Brevemente, serão abordadas as limitações administrativas nas propriedades urbanas, impostas pela Lei nº 10.257/2001, que instituiu o Estatuto da Cidade.

Anote-se, ainda, que o interesse público é, também, elemento que norteia a intervenção estatal na propriedade privada, posto que, em determinadas situações, faz-se necessário sobrepor o interesse público ao privado, derivando do princípio da supremacia daquele interesse, questão que será mais bem debatida ao se tratar do princípio do interesse público no direito pátrio.

O Estado estabelece normas e limites à propriedade privada e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta antissocial da iniciativa particular. Essa intervenção estatal do Poder Público chega a retirar da propriedade seu caráter privado, para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, por meio da desapropriação (MEIRELLES, 2016, p. 728).

Aqui, sem a pretensão de se esgotar o tema, o objetivo verte-se em demonstrar que são vários os institutos jurídicos destinados a assegurar a intervenção do Estado na propriedade privada, tanto para certificar que a função social será observada quanto para fazer valer o interesse público.

Evidentemente, o descumprimento da função social da propriedade privada resulta, para o Estado, no poder-dever de intervir para que o interesse público seja assegurado, até mesmo porque o art. 2º, inciso VI, da Lei nº 10.257/2001, que instituiu o Estatuto da Cidade, determina que, dentre os objetivos da política urbana, está o dever de ordenar e controlar o uso do solo urbano, evitando sua utilização inadequada, a proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes, o parcelamento, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado, dentre outros problemas (BRASIL, 2001).

Com isso, o detentor do domínio optará, durante o exercício de propriedade, por uma das hipóteses estabelecidas pelo legislador municipal no Plano Diretor; caso contrário, estará descumprindo a função social da propriedade, facultando ao Poder Público municipal, mediante lei específica, fixar algumas medidas as quais já foram definidas, de forma ordenada e sucessiva pelo Estatuto da Cidade, talhadas a compelir o particular a proceder à devida finalidade da propriedade.

É apenas um exemplo a testemunhar, como dito alhures, que a função social deve ser assegurada, pois, em não o sendo, o Estado pode intervir para que prevaleça o interesse público. Ademais, constatado o descumprimento da função social da propriedade urbana, o Município, por meio de lei pertinente, determinará o parcelamento ou a edificação compulsória do solo urbano. Assim, o *caput* do art. 5º do diploma legal supracitado pontua:

Art. 5º. Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. (BRASIL, 2001)

Destarte, o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, inserido no plano diretor, estará sujeito às determinações estatais de parcelamento ou edificação compulsória da propriedade, em vista do descumprimento da política de desenvolvimento urbano. Elucida-se compreender por solo não edificado aquele em que não acolhe qualquer tipo de construção, não atendendo à política urbanística do plano diretor.

No que tange ao solo urbano subutilizado, o art. 5º, § 1º, inciso I, da Lei nº 10.257/2001, o define como aquele “[...] cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente” (BRASIL, 2001).

Já no que diz respeito aos institutos do parcelamento e da edificação compulsória, para melhor discernimento, importa um breve esclarecimento. Essencialmente, necessário frisar que o parcelamento do solo urbano tem legislação própria e está previsto na Lei nº 6.766/1979. O art. 2º dessa lei denota haver dois tipos de parcelamento, um feito mediante loteamento e outro concretizado por meio do desmembramento (BRASIL, 2001).

Assim, preceitua o referido artigo de lei que “[...] o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes” (BRASIL, 2001).

Nesses termos, os parágrafos primeiro e segundo definem, de forma autoexplicativa, o conceito de loteamento e desmembramento. O art. 2º parágrafo primeiro da lei abaliza o loteamento como a “[...] subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (BRASIL, 2001). Quanto ao desmembramento, conquanto ocorra na hipótese de subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, não há a formação de novas vias e logradouros públicos, tampouco a extensão ou alteração daquelas já existentes. É o que delibera o art. 2º, § 2º, da lei, conforme transcrição:

[...] § 2º- considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. (BRASIL, 2001)

Por outro lado, a edificação compulsória está regulamentada pelo Estatuto da Cidade e deverá estar prevista no Plano Diretor. Trata-se de instituto em que o poder público exige que o particular promova construção no solo urbano, a fim de que se atenda à política urbanística e ao interesse social da comunidade. Além do solo não edificado, a propriedade subutilizada, também, poderá sofrer imposição do poder público para construir.

Afora o exposto, o Estatuto da Cidade admite que o ente estatal determine que o proprietário do imóvel urbano proceda à utilização compulsória do bem, sempre em conformidade com o Plano Diretor.

Apesar da previsão na Lei nº 10.257/2001 da utilização compulsória, o referido instituto não está previsto na Magna Carta, então, ressoam vozes na doutrina que consideram tal disposição como inconstitucional, pois se comporta como mais uma forma de intervenção do Estado na Propriedade, argumentando-se que deveria estar prevista no texto constitucional para ser considerada legítima.

Assim, objetivando o ente estatal implantar uma das medidas mencionadas, após a edição da lei municipal, a Administração Pública ficará obrigada, por meio de um de seus agentes, a notificar o detentor do domínio ou a quem retiver poderes de responder pela pessoa jurídica, se esse for o caso, acerca dos termos da lei e sua determinação obrigacional positiva, ficando a cargo do agente público a averbação da referida notificação no Cartório de Registro de Imóveis, para que, de fato, se dê publicidade e conhecimento ao ato, revestindo-o de efeito *erga omnes*. Caso a tentativa de notificação seja negativa por três vezes, esta será feita por meio de edital.

Outra medida adotada pelo ente público é a progressividade extrafiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Diferentemente da tributação fiscal, a extrafiscal não tem o fim precípua de arrecadação, mas pretende evitar ou incentivar o desenvolvimento de alguma atividade. Logo, nos casos em que o município devesse observar os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam os limites para a majoração da alíquota do IPTU, não se pode falar em confisco, vez que, além de a progressividade extrafiscal do IPTU estar disposta em lei e autorizada pela própria Constituição Federal, não se trata de um arbítrio estatal para encher os cofres públicos – conquanto seja oriundo de uma receita derivada, porém conduzindo o particular a gerir corretamente a propriedade.

Assim, a Constituição de 1988 admite a progressividade extrafiscal do IPTU em seu art. 182, § 4º, inciso II, para induzir o cumprimento da função social da propriedade urbana:

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

§4º. É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

II- Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo. (BRASIL, 1988)

Posto isso, o Poder Público municipal (exclusivamente) ao perceber o descumprimento da função social da propriedade urbana, poderá, após determinação do parcelamento ou edificação compulsória na propriedade sem que esta tenha atingido seus fins no prazo legal, prescrever a alíquota progressiva extrafiscal do IPTU no tempo, com o intuito de que o proprietário dê utilidade social ao imóvel. É o que dispõe o art. 7º da Lei 10.257/01:

Art. 7º. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. (BRASIL, 2001)

Com efeito, aplicada a progressividade extrafiscal do IPTU em vista da inércia do proprietário, a alíquota do imposto será majorada, proporcionalmente, durante o prazo de cinco anos, sendo, categoricamente, vedado ultrapassar o percentual de 15,0% sob o valor venal do imóvel; do contrário, o ato do ente estatal estará maculado por grotesca inconstitucionalidade, eis que a majoração terá efeito de confisco, conforme enseja o art. 150, inciso IV, da Constituição.

Tem-se, ainda, a possibilidade de desapropriação sancionatória, medida que tenta promover o cumprimento da função social, dando alguma destinação ao imóvel, ao mesmo tempo em que penaliza o particular por sua inércia; nesta hipótese, além de perder seu bem para o ente estatal, receberá valores pertinentes a ele por meio de títulos da dívida pública (MELO, 2015, p. 211).

Percebe-se, desta breve análise, que o não atendimento da função social, a depender do caso em concreto, emana consequências jurídicas para o particular, sendo que o Estado, em sentido amplo, pode e deve atuar para fazer prevalecer o interesse público sobre o privado.

Neste primeiro capítulo, foi esquadrihada a evolução do direito de propriedade, apontando os aspectos históricos da posse e o desenvolvimento histórico e conceitual da propriedade; também foram delineados os direitos fundamentais, em especial aquele conexo à propriedade privada e sua função social. E por fim, detalhou-se a intervenção do Estado fundamentada pelo interesse público e a função social.

No capítulo seguinte, aprofundar-se-á no tema convergente à regulação do Estado, particularizando a função do Estado no exercício do poder de polícia, bem como analisando os princípios constitucionais da legalidade administrativa, do interesse público e, por último, os atos administrativos.

CAPÍTULO II – ESTADO REGULADOR

Antes de adentrar na análise da limitação administrativa em face da propriedade rural, é imperioso compreender o sentido de Estado Regulador, simultaneamente ao princípio da legalidade, ao princípio da supremacia do interesse público e aos atos administrativos, objetos de estudo da segunda parte desta pesquisa.

2.1 Aspectos do Estado Regulador

O vocábulo Estado, do latim *status*, que significa “estar firme”, apresenta-se, pela primeira vez, em “O Príncipe”, de Maquiavel, escrito em 1513 (DALLARI, 2017, p. 59). Os italianos usavam-no sempre relacionado ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *Stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII, a designação foi admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, aplicava-se a denominação Estado a grandes propriedades rurais de domínio particular. Na verdade, o nome Estado, significando uma sociedade política, somente é verificado no século XVI.

O Estado é um ente jurídico composto por três elementos: povo, território e governo. O povo representa o componente humano do Estado; o território refere-se à sua base física, ao passo que o governo, terceiro elemento integrante do conceito de Estado, pode ser concebido como o componente condutor, que detém o poder de auto-organização e determinação emanada do povo.

Nesse ponto, vale ressaltar que a finalidade do Estado, enquanto sociedade política, constitui-se num meio para que os indivíduos possam atingir seus fins particulares; logo, como disserta Dallari (2017, p. 111), o fim do Estado é o bem comum. E o autor em questão ainda complementa:

[...] o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: quando: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo. (DALLARI, 2017, p. 111)

Cumprer destacar que o Poder do Estado é, para a maior parte dos autores, um elemento essencial ou uma nota característica do Estado. Jellinek (*apud* DALLARI, 2017, p. 113) considera como nota diferenciadora a dominação e há, segundo ele,

[...] duas espécies de poder: o poder dominante e o poder não-dominante. Este último é o que se encontra em todas as sociedades que não o Estado, tanto naquelas em que se ingressa voluntariamente quanto nas de que se é integrante voluntário. [...] A característica principal do poder não-dominante é que não dispõe de força para obrigar com seus próprios meios à execução de suas ordens. (DALLARI, 2017, p. 113)

Porém, para se chegar a esta concepção, um longo caminho foi percorrido. Portanto, a verificação da evolução histórica do Estado significa a demarcação das formas que o Estado tem abraçado ao longo dos séculos. Esse estudo contribui para uma tipificação do Estado, em que se observam movimentos constantes, objetivando uma projeção da evolução do Estado. Para tanto, será analisada uma sequência cronológica, compreendendo as seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

O Estado Antigo é caracterizado pela unidade e religiosidade. A unidade indica que não havia divisão territorial ou de funções e a religiosidade é tão marcante nessa época que muitos escritores entendem que deveria ser nomeado Estado Teocrático. Georg Jellinek (*apud* DALLARI, 2017, p. 69-70) ainda o subdivide em duas formas: uma em que o governo é unipessoal, sendo o governante confundido com a própria divindade, e a outra em que o poder do governante é limitado pela vontade da divindade, a classe sacerdotal.

A concepção de Estado Grego generaliza os costumes adotados, principalmente, em Atenas e Esparta para toda a sociedade helênica. A *polis*, cidade-Estado, era a característica fundamental dessa sociedade política que objetivava a autossuficiência. Nessa sociedade, havia uma classe política com intensa participação nas decisões do Estado, quanto aos assuntos de caráter público; porém, restrita em matérias de caráter privado. Mesmo sendo considerado um governo democrático, tinha uma maneira muito peculiar de reconhecer o indivíduo como cidadão, qualificação esta apenas convencionada a uns poucos (DALLARI, 2017, p. 70-71).

O Estado Romano iniciou-se com um pequeno agrupamento humano e, posteriormente, expandiu seu domínio para uma grande extensão do mundo, mantendo sua concepção original de cidade-Estado. A reunião de grupos familiares (*as genes*) resultou na constituição do Estado (*a civitas*) e, por isso, as famílias patrícias, descendentes dos fundadores do Estado Grego, invariavelmente, tiveram privilégios.

Como no Estado Grego, o Estado Romano somente beneficiava uma estreita parcela da população e, embora algumas camadas tenham ascendido socialmente, preservou-se um preponderante círculo de poder da nobreza tradicional (DALLARI, 2017, p. 71-72).

As principais singularidades do Estado Medieval foram as invasões dos bárbaros, o cristianismo e o feudalismo. As invasões dos bárbaros, povos assim intitulados pelos romanos, constituíam um fator de grave perturbação e profundas transformações na ordem vigente (DALLARI, 2017, p. 72).

O despertar da consciência na busca de uma unidade, diante da excessiva tributação, e o estado de guerra constante, que causavam prejuízo à vida econômica e social, fundamentaram o Estado Moderno, que, por sua vez, se afirmou com o nascimento de um poder soberano, reconhecido como o mais alto de todos, exercido sobre um povo que está localizado num determinado território.

O Estado Moderno tem assumido, basicamente, duas formas: uma unitária e outra federativa. O Estado Unitário notabiliza-se, politicamente, pela unidade do sistema jurídico, pela centralização da execução das leis e pela gestão dos serviços. Trata-se da figura da desconcentração, em que cada ente não tem autonomia e personalidade jurídica. Cada agente, hierarquicamente subordinado, age, continuamente, em nome do Estado.

A forma federativa é um fenômeno que apenas se revela a partir de 1787, convertendo a forma confederativa, em que cada Estado continua soberano, contudo, doravante, se une a outros para adotar uma ação comum frente a outros Estados. Nesta última, cada Estado abre mão de sua soberania para construir um único Estado, chamado Federal.

Na Federação, forma acolhida pelo Brasil, há uma descentralização do poder e cada ente tem suas competências previstas na Constituição, dispondo cada um de renda própria para alcançar seus fins, como prelecionam Streck e Moraes:

A federação aparece como bloqueio à concentração autoritária do poder que fomenta. Há uma transferência de atividades do centro para a periferia. Dessa forma, federação e democracia têm uma tendência simétrica, embora tal não seja uma contingência inexorável, como se observa na experiência internacional e, particularmente, na tradição latino-americana. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 171)

No século XVIII, o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, o Estado Moderno nasceu absolutista e todos os defeitos e as virtudes do monarca eram confundidos com as qualidades do Estado. Nesse tempo, a burguesia enriquecida preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social e considerava um direito natural do indivíduo a liberdade contratual.

Em respeito às relações econômicas, Adam Smith, na obra “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776, correspondia perfeitamente aos desejos dos grandes proprietários e comerciantes, sustentando que:

[...] cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade. Afirmando a existência de uma ordem natural, capaz de assegurar a harmonia espontânea de todos os interesses, Adam Smith condena qualquer intervenção do Estado. (SMITH, 1956 *apud* DALLARI, 2017, p. 270)

Se faz necessário, ademais, compreender a transição do Estado Absolutista para o Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República de 1988 como modelo legitimado pelo Brasil.

De acordo com Streck e Morais (2014, p. 35), o Estado Absolutista é a primeira manifestação do Estado Moderno, modelo alicerçado na concentração de poderes nas mãos dos monarcas e, conseqüentemente, marcado pela desigualdade social.

Ainda segundo os autores mencionados, as monarquias absolutistas “[...] se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto da sua propriedade, surgindo um poder de imperium como direito absoluto do rei sobre o Estado” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 35-36).

Em que pesem as críticas à titularização do poder pelos monarcas, que não é sinônimo de tirania, é o Estado Absolutista que marca a transição do modelo feudal para o moderno, isso no início da Idade Média.

Com isso, em meio a esse cenário, a distinção entre o senhor feudal e seus servos é explícita, pois, no afã de aumentar suas riquezas, os senhores feudais recorriam aos mais diversos artifícios, de guerras a casamentos (STRECK; MORAIS, 2014, p. 19), enquanto os monarcas, como já apontado, eram os detentores do poder. Logo, “[...] o homem do medievo passa de servo da gleba, praticamente propriedade do senhor feudal, para súdito do Rei. E a relação de poder passa de ex parte príncipe para ex parte príncípio” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 39).

Na mesma esteira, são os ensinamentos de Mattos (2000, p. 23), para quem o período feudal foi marcado pela preocupação com a segurança das propriedades, levando-se em consideração o alto nível de desigualdade da época. Assim, os proprietários das terras submetiam-se aos soberanos, visando à proteção de suas propriedades; os soberanos, então, ficavam com todo o domínio das terras e seus antigos proprietários, os feudatários, ficavam encarregados de sua utilização.

Importante salientar que, também, havia os servos, que trabalhavam e cultivavam a terra em troca de roupas, alimentos, moradia e demais especiarias. Assim, as relações sociais eram, regularmente, em torno da propriedade.

Pode-se afirmar, pois, que duas eram as classes de proprietários sobre o mesmo bem, ainda que uma delas, aquela composta pelas pessoas que a usufruíam economicamente, não tivesse exatamente a propriedade, demonstrando que, no Estado Absolutista, existia uma fragmentação da propriedade.

Acerca dessa época, leciona Monteiro (1976, p. 86):

Realmente, a este tempo, no alto da escala social, situava-se o senhor, em que se confundiam o direito de propriedade e a jurisdição política. Em baixo, postava-se o vassalo, o servo, o semilivre, obrigado muitas a fornecer pela violência a mão de obra. Distinguiam-se então os fundos nobres dos fundos plebeus, obrigando estes a contribuições onerosas em favor daqueles. Frequentemente, os humildes eram despojados de suas terras pelos poderosos. (MONTEIRO, 1976, p. 86)

Com o advento do comércio, começaram a surgir várias mudanças significativas para a concretização do direito de propriedade; uma delas foi a gradual transição do trabalho, antes servil, para o remunerado.

A mudança substancial ocorreu no século XVI, quando a classe burguesa, gradualmente, foi comprando as terras pertencentes aos antigos senhores feudais ou, em outras palavras, foi adquirindo tanto o domínio útil, quanto o domínio direto das terras, possibilitando a passagem do sistema feudal, que assinalou o Estado Absoluto, para o Estado Moderno.

O Estado liberal, conquanto tenha produzido benefícios como o progresso econômico, a valorização do indivíduo e o Estado de Direito, em sentido contrário, criou o ultra individualismo e o estranhamento da capacidade associativa, dando margem a um comportamento egoísta, extremamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos.

Outra consequência foi a formação do proletariado em decorrência do excesso de mão de obra, resultante da Revolução Industrial.

Acontece, no entanto, que a burguesia, que despontara como revolucionária, transformou-se em força conservadora e não admitia que o Estado interferisse para alterar essa situação.

Além disso, a constante insatisfação dos feudatários, por terem posse, mas não terem poder, que ficava nas mãos do Rei, foi o motivo preeminente que culminou na Revolução Francesa.

Mattos (2000, p. 31) expõe três momentos, os quais compuseram esse processo de concentração do poder na figura do Rei; a saber:

No primeiro, uma etapa feudal, os reis esforçaram-se para se legitimarem junto aos vassallos por meio de transformação do poder de direito num poder de fato; no segundo, entre os séculos XV e XVI, os reis procuraram criar suas próprias instituições (Conselhos, corpos de funcionários, exércitos); e, no terceiro, entre os séculos XVI e XVII, ocorreu uma certa consolidação desse processo com a elevação da racionalização e a burocratização aos níveis mais elevados, definindo os contornos da forma moderna de Estado. Nesse último momento, sobretudo, é que ganham corpo as ideias que inspiraram a Revolução Francesa, numa resposta clara à estrutura social marcada por desigualdades, privilégios e opressão característica do Estado Absolutista. (MATTOS, 2000, p. 31)

O grave conflito entre o clero, a nobreza e o terceiro estado pela disputa de poder, em que o Rei era o único beneficiado, acabou gerando o ideário iluminista “*liberté, legalité, fraternité*”, manifestação que expõe o inconformismo que se descortinava na época. Ainda nesse sentido, a autora em apreço aponta que as circunstâncias político-sociais do período anterior à Revolução fizeram com que a propriedade se tornasse uma questão central entre os anseios revolucionários. Esse movimento, influenciado pelos fisiocratas, levou à consagração dos direitos de propriedade, justificando a abolição dos direitos feudais (MATTOS, 2000, p. 31).

Em 1789, tal aclamação tornou-se legal em Assembleia Nacional e foi firmada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que tornou a propriedade direito inviolável e sagrado; direito natural e imprescritível do homem.

Nesse mesmo diapasão, a Constituição de 1793 também declarou o direito de propriedade, que foi garantido pelo Código Civil Francês e pelo Código Napoleônico de 1804, de modo que este último aboliu as limitações de propriedade da época feudal e conduziu à baila a definição romana de propriedade privada, praticada antes mesmo do período feudal. Sinteticamente:

[...] propriedade é o direito de usufruir e dispor de objetos da mais absoluta forma, levando-se em conta que ninguém não faça uso dela de alguma maneira proibida por leis ou regulamentações. Ninguém pode ser forçado a desistir de sua propriedade a menos que seja para o bem público e por meio de justa e prévia indenização. (MATTOS, 2000, p. 31)

Percebe-se que tais leis dispostas pelo Código Napoleônico restringiam os direitos de vizinhança. Embora os revolucionários franceses tenham se baseado na propriedade privada para justificar a destituição do feudalismo, não foram tão coerentes com este princípio na prática legislativa.

O direito de propriedade no Estado Liberal é identificado como direito fundamental absoluto e intocável, cabendo ao Direito Público apenas a garantia da plenitude de tal direito; destarte, a propriedade passou a ter finalidade econômica, ou seja, de propriedade produtiva.

Ao discorrer sobre o direito de propriedade, Streck e Moraes (2014, p. 74) bem lembram que a transição do Estado Liberal para o Estado Social não se deu, tão somente, pelo conteúdo finalístico, mas, sobretudo, por força da lei. Nesse cenário, o direito de propriedade, que no Estado Liberal tem caráter absoluto, passa por mudanças no que tange à sua função.

Anote-se que o absolutismo da propriedade deve ser compreendido como a expressão máxima do individualismo, ou seja, é o mais amplo dos poderes concedidos ao proprietário. Desse modo, a exclusividade comporta duas vertentes: de um lado, afasta, por completo, qualquer ato de terceiro que vise àquela propriedade; já de outro, faculta ao proprietário a utilização individual, isto é, um mesmo bem não podia ter mais de um dono por tempo indeterminado.

Mais uma particularidade da propriedade no Estado Absoluto é a perpetuidade, já anotada e que não exige maiores digressões dada sua clareza semântica.

Segundo Streck e Moraes (2014, p. 30), o Estado Moderno emana como uma descontinuidade histórica e se cunha pela concentração do poder sobre um território vasto, por meio da monopolização de serviços essenciais à manutenção da ordem interna e externa, apesar de o exercício dos poderes ter sido dilatado.

Não obstante, o Estado Moderno é uma inovação, pois, no feudalismo, o poder era individualizado (encarna-se num homem que concentra, na sua pessoa, os instrumentos da potência e a justificação da autoridade), enquanto no Estado Moderno, a “[...] dominação passa a ser legal-racional”, decorrente de um estatuto, apresentando-se como típica dominação burocrática (STRECK; MORAIS, 2014, p. 32).

Contudo, o modelo absolutista não mais atendia aos anseios da sociedade burguesa e estes, com o propósito de tomar o poder para melhor administrar os seus negócios e, assim, garantir os direitos fundamentais, especialmente os de liberdade e propriedade, promoveram a histórica Revolução Burguesa contra a aristocracia dominante.

Em meio a esse quadro de insatisfação é que a burguesia obteve o reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais, especialmente os direitos de liberdade e de propriedade, apoderando-se do controle político da sociedade, passando de classe dominada para classe dominante.

Assinalado tal contexto de evolução histórica, Streck e Moraes (2014, p. 54) coadunam a questão, enfatizando que a Revolução Industrial conduziu a inúmeras mudanças,

mormente quanto à urbanização, condições de trabalho, segurança, saúde, dentre outros direitos. Não obstante, a evolução que possibilitou o progresso econômico e a valorização do indivíduo também apresentou pontos negativos, a exemplo de um comportamento mais egoísta, encerrando reflexos e clamando mudanças na atuação do poder público.

Surgiu, assim, uma nova classe, a sociedade, também denominada proletariado, categoria reivindicadora de direitos até então não reconhecidos pelo Estado, os quais eram frutos de injustiças provocadas pelo liberalismo e o neutralismo do Estado Liberal, contribuindo para o nascimento do Estado Social.

Com o declínio do modelo econômico ainda vigente e o reconhecimento de novas necessidades, atrelados aos novos pensamentos que foram se instalando com o crescimento da emergente classe social, houve uma indução do Estado no tocante à aceitação de sua interferência na área econômica e social. Com isso, passou o Estado a ser compreendido como o órgão competente para garantir à sociedade a erradicação da pobreza generalizada e os direitos sociais, dando início ao Estado Social.

Diante do clamor pela materialidade das leis, inicia-se um movimento do Estado no sentido de adotar um Estado de Direito material, com uma busca efetiva pela realização dos direitos e das garantias assegurados aos indivíduos, pautado na justiça material, proporcionando vida àqueles que antes eram apenas letras mortas nas Constituições.

O Estado Social de Direito é introduzido no início do século XX; em decorrência da crise do modelo liberal-individualista do Estado Liberal, é celebrado como a resposta às mazelas sociais e às desigualdades pelo modelo estatal individualista e não intervencionista, sendo a Constituição Mexicana (1917) e a Alemã (1919) reconhecidas como marco inicial deste modelo estatal (MELLO, 2015, p. 43).

Bonavides (2017, p. 175), a respeito desse momento histórico, sustenta que:

Como instrumento jurídico, a Constituição, que antes operara com o Estado burguês a mudança, agora com o Estado social tem a função mais adaptativa e estabilizadora de sancionar, mediante a legalidade ou a juridicidade, todas as transformações já feitas ou transcorridas no âmbito da sociedade. (BONAVIDES, 2017, p. 175)

Nesse contexto, o Estado de Direito passa por uma mudança, migrando de uma concepção individualista de centralidade política para uma concepção social; ou seja, o Estado Social continua sendo um Estado submisso à lei, mas não a qualquer lei; antes, à lei que vise ao bem-estar social.

Anote-se que o Estado Social, também marcado pela desigualdade social ocasionada pela Revolução Industrial, principalmente na Europa, assistiu suas relações de trabalho serem rapidamente modificadas, e a população encerrou inúmeras dificuldades na adaptação, em função do esforço desumano exigido.

Essa conjuntura inspirou as mais famosas obras de Marx e Engels, concorrendo para a igualdade e justiça social, que se efetivaram mediante a distribuição das riquezas, até esse tempo muito discutida.

Mattos expõe a valia direta da doutrina marxista:

A propriedade social preconizada pela doutrina marxista tem um lugar fundamental nessa linha de evolução da noção de propriedade fundiária, sobretudo porque, a partir dessa teoria, a propriedade passou a ser encarada como um bem de produção e, portanto, fator diretamente ligado à divisão do trabalho. Como um bem de produção, a propriedade não poderia pertencer a poucos homens, mas a toda a sociedade. (MATTOS, 2000, p. 24)

Karl Marx, em manifestos comunistas e em suas produções, propunha a supressão da propriedade burguesa; já as composições de Engels tratavam da produção material dos meios de vida. A contribuição destes estudos foi o destaque da propriedade privada, como parte do processo histórico, sobretudo em Marx (MATTOS, 2000, p. 24).

Destarte, é possível afirmar que o processo histórico condicionou a seguinte sequência: da propriedade tribal, para a propriedade comunal e estatal antiga ou propriedade feudal, chegando à divisão da produção, à propriedade privada burguesa.

No entanto, somente na Revolução Russa é que os ideais marxistas atingiram seu auge, com a implantação da propriedade coletiva. As propriedades privadas abolidas pela coletividade passaram ao domínio do Estado, que detinha o poder para administrá-las. Em outros países, também inspirados pela doutrina marxista, a forma adotada foi diversa daquela patenteada na Europa, assemelhando-se somente quanto à intervenção do Estado no domínio da propriedade privada. A partir de então, a sociedade absoluta e individualista, modelo romano de propriedade, foi definitivamente abolida (MATTOS, 2000, p. 35).

Sobre tal período, acrescenta Monteiro:

Já na Rússia a propriedade do solo, do subsolo, das florestas e das águas foi abolida para sempre e todas as terras pertencem ao Estado Operário-Camponês, como enfaticamente se expressam os arts. 1º e 2º do Código Agrário soviético. Apenas podem ser objeto de propriedade privada a casa, em que o cidadão vive com sua família, e os móveis que a guarnecem, bem como o dinheiro e outros valores mobiliários, inclusive as economias que faz. O camponês, por seu turno, só tem de sua à velha isbá em que sempre

morou. Quanto aos instrumentos de produção pertencem ao Estado, assim como os terrenos em que as moradas se acham construídas. Empresas comerciais ou industriais só podem empregar número limitado de operários e serviçais, porque é malvisto o trabalho de alguém para outrem, mediante salário, ao que se chama de explorar o homem. (MONTEIRO, 1976, p. 87)

O campo de atuação social do Estado ampliou-se, passando a regular, além do poder político, o poder econômico, no qual se insere a propriedade. Contudo, percebia-se que este modelo de Estado não era o ideal, pois não oferecia ao seu povo a garantia de justiça social pela escolha participativa de seus governantes, cooperando para a instauração do Estado Contemporâneo.

O Estado, atualmente, é qualificado pela implementação de políticas públicas, ou seja, pela intervenção que exerce na ordem econômica, social, bem como na política nacional, assegurando a todos direitos prestacionais, a exemplo de uma renda mínima mensal, do direito à saúde, moradia e alimentação.

Para Streck e Morais (2014, p. 73), o Estado Social de Direito irrompeu, exatamente, para corrigir o individualismo que imperou no Estado Liberal, a fim de assegurar garantias coletivas; em outras palavras: “[...] projeta-se um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público”.

A propriedade privada, nessas condições, passou a ter uma função social, não se admitindo o caráter perpétuo e absoluto que a propriedade outrora possuía. Resulta, assim, o Estado Democrático de Direito, que impôs à ordem jurídica e à atividade do Estado a proposta de mudança do modelo socioeconômico atual.

Tal sistema institucional, segundo Luño (1999, p. 230), seria uma fórmula alternativa ao Estado Social, constituindo uma organização jurídica, política e de realização econômica, na liberdade e com igualdade, dos melhores postulados humanistas do socialismo. Conseqüentemente, um de seus objetivos fundamentais é a promoção da justiça social, visando ao bem comum, garantido pelo princípio da igualdade e, para colocar isso em prática, o princípio da legalidade.

Streck e Morais (2014, p. 74) consignam que “[...] o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como no Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”. Significa dizer, portanto, que houve um aprimoramento do Estado do Bem-Estar, diligenciando a concretização de uma vida digna ao homem.

No Brasil, o constituinte consagrou como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade justa e solidária, além de, também, ter sancionado como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 3º da CF/88).

Dessa forma, clama pela igualdade e, ao mesmo tempo em que preserva o direito de propriedade privada, imediatamente impõe que ela atenda a uma função social e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deixando claro que orienta e incentiva a conduta individual, desde que voltada ao bem-estar da sociedade. Por isso, pode-se reiterar que se trata de um ajustamento do interesse individual ao interesse coletivo, mostrando que há plena compatibilidade entre ambos, destituindo de qualquer veracidade a tese oposta da incompatibilidade.

Constata-se que, do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito, um grande caminho foi percorrido, sendo certo que as funções do Estado foram sendo alteradas não apenas em relação ao direito de propriedade; isto é, o papel do Estado e a sua forma de atuar acomodou mudanças segundo as necessidades de cada momento histórico.

Cumprido, também, esclarecer que o início do século XX foi marcado pela prevalência dos ideais do liberalismo econômico, na forma clássica, segundo os quais a atuação do Estado deveria se resumir ao campo político, abstendo-se da atuação na economia.

Tal modelo entra em declínio, aproximadamente, em meados dos anos 30, com a percepção de que as respostas à crise econômica de 1929 demandavam ação estatal mais enfática. No plano político, há a ascensão crescente do modelo da socialdemocracia, cujo auge erige-se no período do pós-Segunda Guerra Mundial ao início de 1980, quando o Estado visava a resguardar mais benefícios à população e aos trabalhadores de modo geral, bem como monopolizar certas atividades econômicas. Silva, Gomes e Costa bem descrevem a crise de 1929:

O quadro foi agravado pela quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929. A crise instaurada levou à solução de liquidez no mercado: o titular do capital não investia com receio de não recuperar o investimento; sem recursos, a produção industrial caiu, ocasionando desemprego; com a queda da produção e aumento da demanda, a inflação recrudesciu. Criou-se, então, um círculo vicioso de estagnação econômica. (SILVA; GOMES; COSTA, 2012, p. 11)

Tal concepção resulta no acolhimento, de forma mais direta, da intervenção do Estado no domínio econômico. Não obstante, ao final do século XX, verificou-se a reafirmação dos ideais do liberalismo econômico voltado à redução do papel do Estado.

No que concerne ao Brasil e à América Latina, essas discussões ganharam relevância no decênio de 1980 e, sobretudo, na década de 1990, quando importantes alterações foram implementadas no âmbito jurídico com a promulgação da Carta Magna de 1988, e, em especial, com a reforma administrativa instalada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

No Brasil, a própria CF/88 carregou em seu bojo a afirmação da redução do papel do Estado, ao asseverar que a participação deste seria restrita a atividades de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, consoante disposto no art. 173. Ademais, em seu art. 170, IV, assegura a livre concorrência enquanto preceito constitucional (BRASIL, 1988).

Relativamente à implantação do Estado Regulador, assim disserta Carvalho:

A implantação de um Estado que atua de forma a regular a atividade econômica propiciou o estabelecimento de regras jurídicas reguladoras da ordem econômica dentro do texto constitucional. Trata-se do fenômeno da constitucionalização normativa, em que regras jurídicas insculpidas em leis passam a ter alcance normativo mais amplo, por meio de sua inserção dentro da Carta Política. (CARVALHO, 2016, p. 1154)

Segundo Medauar (2013, p. 132), a reforma administrativa fora originada da reforma econômica, decorrente da liberalização dos mercados e da desregulamentação e privatização, que causaram reflexos na Administração Pública. Para a autora, em meio às ideias de fundo das reformas, divisam-se:

a) Administração a serviço do cidadão, significando um novo modo de relacionar-se com a sociedade; b) transparência; c) Administração eficiente; d) privatização difusa, sob dois aspectos: d1) transferência, ao setor privado, de atribuições públicas, com redução do número de órgãos Administração; d2) expansão de práticas inspiradas no direito privado, acarretando, inclusive, técnicas de gestão que priorizam os resultados, o chamado *new public management*, de origem inglesa. (MEDAUAR, 2013, p. 133)

De certo modo, pode-se dizer que, para os serviços públicos, vislumbrou-se uma possibilidade de atuação indireta da Administração Pública, amparada pelo art. 175 da Constituição, ao estabelecer que: “[...] incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

Desde o advento da Constituição de 1988, ocorre o gradativo afastamento estatal da prestação direta de uma ampla gama de atividades, sejam serviços públicos – como transportes, geração e distribuição de energia elétrica, telefonia, etc. – ou não públicos (que incluem monopólios estatais), como exploração de petróleo, água, produção audiovisual e, ainda, de atividades típicas de Estado, a exemplo da aprovação de medicamentos. No caso dos serviços públicos, muitos destes passaram, agora, a serem prestados pela iniciativa privada, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, redundando o Estado no papel de ente fiscalizador e regulador.

Ao dissertar sobre a atuação do Estado na ordem econômica, Carvalho Filho (2015, p. 949) apresenta uma classificação em que o Estado admite duas dimensões na ordem econômica: atuando como Estado Regulador ou atuando como Estado Executor.

Enquanto Executor, o Estado assume atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada (CARVALHO FILHO, 2015, p. 949). O que mais acontece é a criação de pessoas jurídicas pelo Estado, vinculadas a ele e destinadas, apropriadamente, à execução de atividades mercantis. Para tanto, institui, normalmente, empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades adequadas a tais objetivos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 963).

Já sobre o Estado Regulador, “[...] aquele que, por meio de regime interventivo, se incumbem de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 949).

Ainda no que se refere ao Estado Regulador, comenta Neves:

Podemos dizer, então que a regulação é a produção de mecanismos que efetivam a implementação de políticas públicas direcionadas a um determinado setor da sociedade, seja sobre uma atividade econômica seja sobre um serviço público, com a finalidade de estabelecer um equilíbrio dos interesses existentes nesses setores. (NEVES, 2003, p. 215-216)

Na regulação, há determinadas situações nas quais se evidenciam falhas de mercado, que podem ocorrer pela insuficiência de competição ou por qualquer outra circunstância que impeça seu pleno desenvolvimento.

O Estado Regulador, portanto, atua criando regras jurídicas destinadas a influenciar e orientar a atuação dos agentes econômicos, intentando assegurar a ordem econômica (CARVALHO FILHO, 2015, p. 949).

Sob o ponto de vista de Justen Filho (2016, p. 793), a regulação, uma das atividades administrativas do Estado, pode ser definida como o a “[...] atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Desse conceito, entende-se que a regulação consiste na intervenção do Estado nas vidas econômica e social de sujeitos públicos e privados, continuamente, para que possa executar as políticas de governo e, conseqüentemente, cumprir os direitos fundamentais, que são os fins essenciais. Tal intervenção se dá por meio de normas e outros atos estatais, que reprimem e promovem ao mesmo tempo, objetivando, com isso, modificar comportamentos, principalmente dos particulares, mas nada impedindo que envolvam, também, os sujeitos públicos (JUSTEN FILHO, 2006, p. 793).

Na ótica de Silva, Gomes e Costa, a regulação estatal da economia se deu:

A incapacidade do liberalismo econômico solucionar problemas como desemprego, deflação, ausência de investimentos, dentre outros, forçou a mudança de paradigma: o Estado devia intervir no domínio econômico. Nesse modelo a atuação estatal se faz presente de dois modos: direta ou indiretamente. A atuação direta se dá pela criação e administração de empresas, pela produção de bens pela prestação de serviços não exclusivos do Estado. A atuação indireta ocorre pela disciplina do mercado, tarefa que vem sendo denominada de regulação. (SILVA; GOMES; COSTA, 2012, p. 15)

O Estado, recorrendo a medidas legislativas, administrativas e convencionais, intervém na liberdade econômica para possibilitar à coletividade direitos presentes na Constituição.

Carvalho (2016, p. 1157) entende ser dever do ente público atuar regulando a atividade econômica, evitando atuações abusivas do poder econômico e, por conseguinte, protegendo a sociedade contra a busca desarrazoada do lucro.

Exatamente por isso, e consagrando toda a evolução pela qual passou o Estado, é que, na Constituição Federal de 1988, o art. 174 proclama: “[...] 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” (BRASIL, 1988).

O Estado efetua o controle, a fiscalização e, até mesmo, a repressão, ações essenciais na manutenção da ordem econômica com o objetivo social. São formas de intervenção: prevenção e repressão ao abuso do poder econômico; controle do abastecimento; tabelamento de preços; as microempresas e empresas de pequeno porte; Estado empresário; e monopólios.

Os arts. 173 a 175 da CF/88 discorrem sobre a intervenção estatal em sua constituição ordinária e extraordinária. A intervenção estatal ordinária tange à regulação, limitação, ao planejamento para desenvolver a ordem econômica e repressiva quanto ao abuso do poder econômico; já a intervenção extraordinária refere-se a desempenhar atividade econômica, nos casos de segurança nacional ou interesse coletivo.

É profusa a complexidade social e econômica atual, então, acredita-se não ser possível uma ordem econômica sem qualquer atuação estatal; antes, a mínima possível e jamais se desvirtuando aos interesses da classe política em detrimento da sociedade. O Estado não deve ter a função de desenvolver a atividade econômica, apenas direcionar e prover segurança à sociedade no cumprimento pleno da ordem econômica.

Ao propor a extensão de uma concepção desenvolvida na atividade econômica privada ao setor de serviços públicos, as ações diretas ficam restritas ao Estado em domínios nos quais a atuação da iniciativa privada pode colocar em risco valores coletivos ou, mesmo, apresentar-se insuficiente para propiciar a plena execução (JUSTEN FILHO, 2016, p. 796).

Exatamente por isso é que o Estado Regulador se afasta dos modelos clássicos, constituindo a primeira grande distinção o âmbito de abrangência das atividades sujeitas ao regime público e privado. Ou seja, há, por um lado, a transferência para a iniciativa privada de determinadas atividades e, por outro, a liberalização de atividades antes monopólio do Estado, proporcionando disputa em regime de mercado pelos particulares (JUSTEN FILHO, 2016 p. 796).

Compõem características do Estado Regulador: 1) a concessão de que a atividade regulatória reside na inversão da relevância do instrumento interventivo: outrora, o Estado exercia, diretamente, atividades de cunho econômico; já na contemporaneidade, apesar de permanecer presente no domínio econômico, não mais concentra, propriamente, tais atividades; 2) não norteia a sua atuação apenas para atenuar ou eliminar os defeitos de mercado; em outros termos, é possível, sim, a intervenção destinada a proporcionar a realização de determinados valores de natureza sociopolítica, porém, não atua como outrora, quando a intervenção no domínio econômico tinha por objetivo dar suporte ao mecanismo de mercado e eliminar desvios; e 3) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente, das atividades reguladas, ganhando relevo as agências reguladoras (JUSTEN FILHO, 2016, p. 797).

2.2 Princípio Constitucional da Legalidade

Com a preocupação de promover a participação pública no processo decisório e na formação dos atos de governo, introduz-se um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, sob um conteúdo próprio em que estão presentes as conquistas democráticas, as garantias legais e a preocupação social (STRECK; MORAIS, 2014, p. 92).

Insere-se a concepção de Estado Democrático de Direito, pelo qual o Estado reconhece e garante os direitos fundamentais do seu humano e a efetiva participação democrática do povo, como cidadãos, na elaboração e tangível aplicação do Direito, visando não à legalidade formal, mas à justiça material.

Atualmente, a Constituição Federal propala o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, com objetivos fundamentais voltados para a diminuição das desigualdades sociais, dentro de uma sociedade livre, justa e solidária.

O Estado Democrático de Direito é fundamentado no princípio da soberania popular, que impõe a participação, substancial e operante, do povo na coisa pública; assim, propõe-se a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana:

O componente democrático traz à mente, de imediato, a ideia de governo “do povo para o povo”. Ou seja, o termo “democrático” é habitualmente associado aos aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque ligam-se os diversos mecanismos pelos quais se aplicam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes: extensão do direito de voto, formação de partidos políticos, igual acesso aos mandatos representativos, por exemplo. Esta é a chamada democracia de investidura. (MEDAUAR, 2013, p. 25)

Ademais, a democracia do Estado Democrático de Direito é vista como um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, devendo ser exercido em prol do povo, diretamente ou por meio da atuação de seus representantes eleitos; também participativa, uma vez que envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; e, ainda, pluralista, posto que respeita a pluralidade das ideias culturais e etnias; devendo ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão.

É importante ressaltar que o aspecto democrático leva em consideração a abertura do campo social para a ampliação de direitos, com isso distingue a democracia de todas as formas sociais e políticas.

Assim, o Estado Democrático de Direito desdobra-se com a distinção entre as três funções precípua do Estado: a legislativa, a executiva e a jurisdicional, modelo que impôs à Administração Pública um condicionamento à lei; ou seja, a lei passou a ser o limite do Estado, tornando-se, plenamente, vinculada ao princípio da legalidade.

No Estado Democrático de Direito, a lei deve buscar a alteração de situações concretas com vistas à igualdade. Para tanto, a lei possui a função de concretizar os valores sociais prescritos nas Constituições e, também, implementar reais modificações.

O princípio da legalidade é de extrema relevância ao Estado Democrático de Direito, sendo da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça.

Não se pretende, aqui, aprofundar o conceito de princípio, mas, simplesmente, esclarecer que é o “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência [...]”, sendo o conhecimento dos princípios premissa básica para se entender o todo unitário que é o sistema jurídico positivo (MELLO, 2015, p. 948-949).

E o autor, sobre a importância de se observar o preceito convalidado em um princípio, ainda salienta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2015, p. 949)

Dado o conceito e a importância dos princípios, denota-se que a Administração Pública não poderia deixar de observá-lo, interessando ao presente estudo, nesse momento, a compreensão do princípio da legalidade administrativa.

Este princípio decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988 e significa que a lei deve ser o fundamento de toda atuação administrativa. Também previsto no art. 37 da Constituição, tal princípio teve origem com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, na medida em que é a lei que estabelece os limites de atuação administrativa no exercício do poder de polícia em prol da coletividade (DI PIETRO, 2014, p. 63).

No Estado Democrático de Direito, a lei obteve grande expressão, uma vez que, neste modelo, o Estado fica limitado a um conceito de lei. O Estado deve estar em condições de realizar, por meio da lei, intervenções que implicam, diretamente, a alteração da situação da comunidade; significa dizer que a lei não deve ficar numa esfera, meramente, normativa, não pode ser apenas a lei de arbitragem, pois é necessária sua interferência na realidade social.

A Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, podendo intervir somente de acordo com a lei, não a lei em sentido formal, mas em sentido material, lei enquanto Direito. Surgindo, assim, a necessidade do Poder Judiciário de controlar a atividade discricionária da Administração, no tocante à legalidade formal e, também, sob o prisma axiológico do ato discricionário.

Por fim, vale destacar que a este princípio também se submete o agente público na prática do ato, somente podendo agir se houver dispositivo que o autorize. Depreende-se que tal princípio deve ser observado por toda a Administração Pública, uma vez que, em suma, ninguém está acima da lei.

2.3 Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público

O Estado contemporâneo tem como uma de suas características a coexistência de múltiplos interesses, que refletem diferentes grupos dentro da sociedade. No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública deve operar segundo os ditames legais, não podendo ir além ou aquém da lei; sua função é observar e pôr em prática os princípios constitucionais, pautando-se nas necessidades coletivas. E o Direito Administrativo deve superar conceitos, puramente, técnicos para abranger fins maiores, necessários à realização desses interesses.

Também chamado de princípio da finalidade pública ou princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio constitucional do interesse público é princípio geral de Direito, inerente a toda sociedade, é a própria condição para sua existência, sendo um pressuposto lógico do convívio social (MELLO, 2015, p. 96).

Deste princípio, decorre um dos principais atributos do ato administrativo, qual seja: a autoexecutoriedade. Por vezes, a Administração Pública goza da prerrogativa de executar, por si mesma, a pretensão traduzida no ato, sem, necessariamente, recorrer ao Poder Judiciário; isto se dá, exatamente, em razão da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular (MELLO, 2015, p. 96).

Ademais, ainda tendo em vista essa posição de supremacia, Mello observa:

[...] reconhece-se à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o dever de anular ou convalidar os atos inválidos que haja praticado. É o princípio da autotutela dos atos administrativos. (MELLO, 2015, p. 96)

Na lição de Medauar (2013, p. 130), a preponderância do interesse público sobre o interesse particular é princípio do direito público em geral, permitindo-se conceber que ao interesse público corresponde ao interesse da coletividade, “[...] à percepção geral das exigências da vida na sociedade” (MEDAUAR, 2013, p. 130).

Numa visão mais contemporânea do Direito Administrativo, em que prepondera a ideia de que os princípios devem ser contrabalançados, não havendo um princípio superior a outro, à Administração é imprescindível atender aos interesses de uma maioria, minimizando, igualmente, o sacrifício de outros interesses, numa função conciliadora.

Outra importante observação que vale ser ressaltada acerca da supremacia do interesse público é a que não existem interesses públicos presumidos ou ilimitados. Tais interesses somente são reconhecidos pela Constituição Federal ou por meio de lei e, necessariamente, terão limites pré-fixados por aquela ou por esta, não podendo ser invocados abstratamente. A prerrogativa, pois, de definir a hierarquia de interesses cabe à Constituição ou à lei e não à Administração Pública (FURTADO, 2016, p. 92-93).

Tendo em vista os aspectos elencados, é inegável que “[...] a supremacia do interesse público sobre o interesse privado consiste, portanto, tão somente, no exercício das prerrogativas públicas, prerrogativas que afastam ou prevalecem sobre outros interesses” (FURTADO, 2016, p. 94).

Logo, pode-se inferir que o Estado tem por finalidade a realização do bem comum, atendendo ao interesse da coletividade. Toda a atividade do administrador público, portanto, deve ser orientada para esse objetivo; se dele se afasta, está traindo o mandamento central da Administração Pública e, conseqüentemente, praticando ato viciado por desvio de finalidade.

2.4 Atos Administrativos

Antes de se passar à análise das limitações ao direito de propriedade, é necessário contextualizar, no ordenamento jurídico brasileiro, os atos administrativos.

Com o surgimento do Estado de Direito, submeteu-se a Administração Pública ao princípio da legalidade (burocracia), que foi a forma encontrada pelas recentes democracias para que se realizasse a produção normativa estatal e a sua conseqüente comunicação com a população a ser administrada.

Medauar (2013, p. 168) desenvolve sobre o tema:

Em relação às práticas do Estado absoluto, configura importante conquista, por inserir, entre a vontade da autoridade e um efeito sobre os direitos dos indivíduos, um conjunto de preceitos destinados justamente a disciplinar essa atuação e a prefixar esses efeitos. Desse modo, a Administração não mais atua por operações materiais imediatas a vontade pessoal do governante; as decisões devem ser afirmadas por manifestação prévia ao resultado concreto, de acordo com parâmetros antes fixados, que visam a assegurar o respeito a direitos dos particulares. Esse modo de expressão das decisões adquire interesse jurídico relevante, tornando-se um dos grandes temas do direito administrativo. (MEDAUAR, 2013, p. 168)

O ato administrativo é, assim, instrumentalizado na comunicação entre o Estado e seus administrados, sendo essencial atender aos trâmites e preceitos para que seja justo e não arbitrário.

Quando se comenta em teoria geral de direito, as manifestações de vontade de um indivíduo ou de uma instituição são denominadas atos jurídicos, pois são situações que podem provocar alterações concretas em relação a elas mesmas perante o mundo da lei. Ao se discutir o mundo dos indivíduos particulares, tais atos jurídicos são desenvolvidos pelo direito civil, que buscou, no decorrer dos anos, idealizar uma teoria a respeito do ato jurídico.

Se na esfera particular o ato estudado é o jurídico, na esfera pública também o é. Contudo, vale a ressalva de que, quando se considera que o ato foi emitido pela Administração Pública, este, de fato, produz efeitos jurídicos, porém, e mais especificamente, figura reputado como ato administrativo (MEDAUAR, 2013, p. 375).

A Administração Pública tem por essência a gestão de interesses coletivos que, mediante os atos administrativos, destina-se a realizar suas funções previstas legalmente. Há grande divergência doutrinária em relação a esse conceito por não existir, no ordenamento jurídico brasileiro, definição legal para ato administrativo (CARVALHO FILHO, 2015, p. 11).

De acordo com Mello (2015, p. 372), o ato administrativo consiste na declaração jurídica do Estado no desempenho das funções públicas demonstradas por meio da lei.

Não destoia desse entendimento Justen Filho (2016, p. 399), que apresenta o ato administrativo nos seguintes termos:

O ato administrativo é uma manifestação de vontade, no sentido de que exterioriza a vontade de um sujeito dirigida a algum fim. Isso significa a existência de dois aspectos inconfundíveis na vontade. Há a exteriorização física, consistente numa ação ou omissão. Mas há um aspecto interno, volitivo, que é a causa da ação ou omissão.

O ato administrativo não é uma declaração, se a expressão for utilizada para indicar simplesmente uma alteração no universo dos fatos. Não há ato administrativo quando se passa um mero evento físico. Assim, a queda de um edifício não é um ato administrativo, tal como também não o é uma manifestação física provocada apenas pelo funcionamento do organismo. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 399)

Para Mello (2015, p. 375), o ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, porque é marcado por características que o particularizam no conjunto dos atos jurídicos. Se não evidenciasse sua própria especificidade dentro desse gênero, não existiria motivo algum para a doutrina formular o seu conceito, pois bastaria, exclusivamente, o conceito de ato jurídico.

O que individualiza o ato administrativo e justifica que se formule um conceito que o isole em meio aos demais atos jurídicos é a circunstância de que ele tem peculiaridades no que diz respeito às condições de sua válida produção e no que atina à eficácia que lhe é própria.

A edição destes atos administrativos é a tarefa principal e mais comum do Poder Executivo. No entanto, os Poderes Legislativo e Judiciário também possuem competência para realizá-los, caso estejam editando uma norma administrativa ou interna do Poder.

Apesar de ser conceituado pela doutrina como manifestação de vontade da Administração Pública, eis que esta é a expressão utilizada no Direito Civil para denominar o ato de um particular que produza efeitos no mundo jurídico; empregar a expressão “manifestação de vontade” para o ato administrativo que representa a instrumentalização da autoridade do Estado seria equivocado semanticamente, visto que o Estado não é possuidor de vontade, mas, sim, de obediência à lei. Portanto, a vontade estatal não é um momento subjetivo que a Administração Pública possui para decidir uma situação administrativa; antes, é um momento objetivo que a Administração possui para seguir a lei.

À luz de Meirelles (2016, p. 173), o ato administrativo é, conceitualmente, idêntico ao ato jurídico, no entanto, o primeiro possui uma finalidade pública, enquanto o segundo possui finalidade particular.

Enfim, é indiscutível a necessidade de diferenciar os atos administrativos dos contratos administrativos: os primeiros são unilaterais, somente há uma vontade (agir legal) da Administração Pública; já os segundos são bilaterais, neles coexistem duas vontades opostas – de um lado, a Administração e, de outro, o particular.

Sem dúvida, cada autor possui uma preferência semântica e, assim, é possível distinguir tal tópico, na doutrina, sob diversas nomenclaturas. Alguns nomeiam estas características de elementos, ou requisitos, ou pressupostos ou, ainda, aspectos. Este conceito do ato administrativo também possui diversas interpretações pela doutrina, no entanto, alguns deles estão presentes em todos os entendimentos doutrinários.

Meirelles (2016, p. 175) pontua que, se não estiverem presentes os requisitos antes catalogados, o ato administrativo não se aperfeiçoa e, conseqüentemente, não produzirá efeitos válidos.

O primeiro requisito é a competência, condição de validade do ato jurídico (MEIRELLES, 2016, p. 175). O ato administrativo apenas pode ser praticado pelo sujeito a quem a lei atribuiu competência para a prática do ato. E Di Pietro (2014, p. 205) entende competência como “[...] o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”.

Na prática de um ato administrativo, o sujeito deve ser, necessariamente, um agente público, alguém que exerça uma função pública, ligada à Administração Pública, sendo imperativa a análise da competência do agente emanador.

A competência administrativa pode ser entendida como o poder que possui o agente público para o exercício de suas atividades públicas, derivada da lei e com sua finalidade definida em lei. Desse modo, deve ser declarado inválido qualquer ato editado por quem seja incompetente para fazê-lo ou que exceda os limites determinados pela autoridade encarregada de sua prática, em razão da ausência de elemento de sua formação, como o poder de exprimir a pretensão da Administração Pública (MEIRELLES, 2016, p. 175).

O elemento competência é aquele que está definido na lei e que facultam aos agentes desempenhar tais funções de forma legítima. Esse elemento está muito próximo do conceito de capacidade no direito privado; a única característica que difere um do outro consiste na exigibilidade legal, item obrigatório da competência administrativa (CARVALHO FILHO, 2015, p. 104-105).

Justen Filho (2016, p. 422) ressalta que não há apenas um órgão capaz de exercer a função administrativa, pois cada qual recebe determinada competência, que, por sua vez, são divididas entre os diversos órgãos.

De sua parte, Medauar (2013, p. 176) indica que a verificação da competência do agente se efetua com base em três pontos distintos. O primeiro seria a matéria da questão, levando-se em conta o grau hierárquico e possível delegação. O segundo ponto seria o âmbito territorial em que as funções são desempenhadas, o que se revela de muita relevância em um Estado federalizado. O terceiro e último ponto seria o limite de tempo para o exercício das atribuições, com início a partir da investidura legal e o devido término.

Sintetizando, para ser sujeito de ato administrativo, tem que ser agente público, que é todo aquele que exerce função pública, seja de forma temporária, permanente, com ou sem remuneração. Como regra, todo agente pode praticar ato administrativo, desde que seja o agente competente, compatível com a regra de competência, prevista na lei ou na Constituição Federal.

O requisito da finalidade do ato administrativo é o interesse público propriamente dito. O administrador público deve ter o interesse público como meta da sua decisão sempre que emitir um ato administrativo.

Di Pietro (2014, p. 211-212) define a finalidade como o efeito imediato que o ato produz, como o resultado que a administração pretende alcançar. Logo, a finalidade é definida pelo legislador, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa.

Segundo Meirelles, não há ato administrativo sem fim público:

A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo - discricionário ou regrado - porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específicas. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos hão de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo. (MEIRELLES, 2016, p. 175)

A intenção do elemento da finalidade, inalteradamente, ser o interesse público está em desvincular o agente público de tomar uma decisão em que seu interesse seja particular ou voltado para interesses específicos de apenas um grupo que não o de toda a nação.

Vale destacar, ainda, que, no direito administrativo, motivo significa as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo. Enseja-se exemplificar com o ato disciplinar punitivo, cujo motivo é a conduta do servidor (circunstância de fato) que a lei configurou como infração funcional (elemento de direito) (MEDAUAR, 2013, p. 176). Nesse sentido, pondera Meirelles:

[...] a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. (MEIRELLES, 2016, p. 177)

Portanto, todo ato administrativo tem como principal finalidade atingir o interesse público, de maneiras diferentes de um ato para outro, devido aos desiguais tipos de ato administrativo.

Dando seguimento, salienta-se que, durante muito tempo, no Direito Administrativo, não houve a necessidade de expor os motivos de uma decisão. Esta tendência iniciou a mudança do direcionamento de seu rumo na década de 70 do século passado, enquanto alguns ordenamentos jurídicos começam a constitucionalizar a exigência da motivação (como a Constituição Portuguesa de 1982). No Brasil, esta exigência não ficou explícita na CF/88, quanto a todos os atos administrativos, somente naquele que tange às decisões administrativas dos tribunais (art. 93, X).

A sua ausência, no entanto, não elide a necessidade de que se motiva o ato administrativo, uma vez que esta encontra respaldo no princípio do contraditório (questões processualizadas) e da publicidade.

Desse modo, motivo é considerado a situação de direito ou de fato, que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, servindo de fundamento para a prática do ato. A situação de direito é a descrita na lei, enquanto que a situação de fato corresponde às circunstâncias que levam a Administração Pública a praticar o ato. Para de Di Pietro:

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que leva a Administração Pública a praticar o ato. (DI PIETRO, 2014, p. 212)

Contudo, Justen Filho bem observa que motivo e motivação não se confundem:

A motivação se relaciona à forma do ato administrativo e consiste na exposição formal do motivo. O motivo é esse processo mental interno ao agente que pratica o ato. A motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato. Para ser mais preciso, a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 427)

O motivo é o pressuposto de fato e de direito para o ato administrativo; Carvalho Filho (2015, p. 111) conceitua-o como toda a vontade emitida por agente da Administração que resulta da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos, sendo inaceitável a prática do ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito responsáveis pela extroversão da vontade. Nesse caso, motivo é o elemento do ato administrativo que define o fato e o fundamento jurídico que levam à prática do ato.

Já a forma do ato administrativo, em sentido amplo, significa a exteriorização da vontade ou exteriorização da decisão, para fim de produzir efeitos no âmbito do ordenamento jurídico.

Portanto, a forma é a instrumentalização com que foi concretizada a decisão da Administração Pública; diz-se da exteriorização do ato administrativo.

Há divergência na doutrina quanto à configuração de forma necessária ao ato administrativo para que este seja válido e eficaz. Enquanto uns entendem que somente a assinatura e data servem para tornar o ato válido, outros veem os modos de divulgação do ato fatores importantes para que este seja plenamente tomado como legítimo.

A respeito da forma, Meirelles elucida que a forma do ato administrativo trata de tudo sobre o ato, menos do seu conteúdo:

O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podermos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade. (MEIRELLES, 2016, p. 176)

Por último, tem-se o objeto como requisito do ato administrativo, sobre o qual preleciona Meirelles (2016, p. 178):

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes. (MEIRELLES, 2016, p. 178)

Também chamado de conteúdo, o objeto é a proposta de alteração no mundo jurídico que o ato administrativo tem intenção de realizar. É o objetivo imediato da vontade emanada pelo ato, do agente que praticou o ato com vistas a determinado fim (CARVALHO FILHO, 2015, p. 108).

O objeto do ato administrativo também pode ser denominado de conteúdo deste e é o efeito imediato que o ato venha a produzir. É, efetivamente, o efeito prático pretendido com a edição do ato administrativo ou a superveniente modificação conduzida por este ao ordenamento jurídico vigente.

À vista disso, deve seguir alguns requisitos dentro de sua própria concepção para ser válido: deve ser lícito, isto é, pautado na lei e no ordenamento jurídico; também deve ser moral, observando-se princípios éticos e todas as regras da disciplina geral da Administração; e, finalmente, deve ser possível, devendo, pois, ser algo realizável de fato e de direito.

Para que o ato administrativo seja válido, devem ser observados três predicados: a licitude, a possibilidade e a determinação. A licitude é o requisito fundamental de validade do ato administrativo, em se tratando de atividade administrativa, é necessário mais do que não ser contrário à lei, mas que o ato seja permitido pela lei; o objeto deve ser possível, susceptível de ser executável no mundo dos fatos e do direito; e o objeto tem que ser certo, determinado ou determinável (DI PIETRO, 2014, p. 208).

Destarte, o objeto nada mais é do que aquilo que o ato faz em si mesmo; é o resultado prático do ato. Para que esse objeto cumpra as exigências, tem que ser: lícito, possível e determinado.

Basicamente, os atributos do ato administrativo se diferenciam dos elementos na medida em que constituem características contempladas somente pelo ato administrativo, enquanto os elementos são componentes diversos necessários à formação de um todo.

Justen Filho (2016, p. 431) entende que a eficácia própria do ato administrativo, designada atributos do ato administrativo, foi concebida em um período pretérito. Essa versão tradicional é responsável pela influência de concepções não democráticas do Estado. Assim, há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração do Estado Democrático de Direito que identificavam a atividade administrativa como manifestação da soberania estatal.

Como decorrência de tal soberania, o ato administrativo traduzia as prerrogativas do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força. Cabe ressaltar que os atributos do ato não são efeitos inerentes ao ato administrativo, tampouco uma decorrência da qualidade estatal do agente que o produz. Os atributos são corolário do direito, o que aduz à ideia de inafastável compatibilidade com a Constituição (JUSTEN FILHO, 2016, p. 431).

Os atributos do ato administrativo, como emanção do Poder Público, são a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade. Lembra-se, no entanto, que somente a presunção de legitimidade se encontra presente em todos os atos administrativos, sendo que os demais não são aplicados aos chamados.

Trata-se do atributo da presunção de legitimidade e veracidade de qualidade que reveste os atos administrativos, presumindo-os verdadeiros e conformes ao Direito, até que se prove o contrário. Ou seja, o ato administrativo possui sua legitimidade presumida, salvo expressa disposição legal, vez que dita presunção somente pode ser questionada em juízo. Esta característica é comum a todos os atos administrativos, porquanto as demais não se aplicam aos ampliativos (MEIRELLES, 2016, p. 182).

A presunção de legitimidade consiste na presunção relativa quanto à regularidade jurídica dos atos produzidos pelo agente público (JUSTEN FILHO, 2016, p. 431). A legitimidade envolvida no ato administrativo considera que seu conteúdo é compatível com o direito e que os fatos, cuja ocorrência é afirmada, efetivamente ocorreram (JUSTEN FILHO, 2016, p. 433).

Pela presunção de legitimidade, entende-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com a observância da lei, isto é, são admitidos como verdadeiros os fatos alegados pela Administração (DI PIETRO, 2010, p. 183).

Pode-se entender que a presunção de legitimidade é a obediência às regras morais. Assim, reitere-se, até que se prove o contrário, o ato administrativo está compatível com a moral, com a lei e é recepcionado como verdadeiro, estando compatível com a realidade. Contudo, como analisado, essa é uma presunção relativa, o que significa que contemporiza prova em contrário.

Justen Filho (2016, p. 431) enfatiza que a presunção de legitimidade é a manifestação do dever-poder estatal, instrumento necessário à satisfação dos deveres inerentes à função pública, pois não seria possível que o Estado cumprisse suas funções administrativas se questionada a sua legitimidade.

Para Di Pietro (2014, p. 183), há cinco argumentos que justificam essa presunção: o primeiro entende que o procedimento e as formalidades que precedem à edição do ato observaram a lei vigente; o segundo consiste no fato de o ato administrativo ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que o pratica o faz com o consentimento de todos; o terceiro argumento trata da necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, tendo em vista o objetivo de atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular; o quarto trata do controle de legalidade, exercido pela própria Administração ou por outros poderes do Estado a que se sujeita o ato; e o quinto evoca a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz pressupor que todos os atos por ela expedidos tenham sido praticados em conformidade com a lei, uma vez que cabe ao poder público a sua tutela.

Meirelles (2016, p. 183) ressalta que a presunção de legitimidade é que autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos de invalidade.

Portanto, a presunção de legitimidade do ato administrativo é um instrumento necessário à satisfação dos deveres inerentes à função administrativa. Não seria possível o Estado cumprir suas funções se lhe fosse reservada situação idêntica a dos particulares. Dessa forma, destaca-se que a relevância da presunção de legitimidade reside na geração de efeitos vinculantes para terceiros.

O atributo da imperatividade, por sua vez, é a qualidade de o ato administrativo se impor a terceiro, ou aos administrados, independentemente da sua concordância. Todos os administrados são considerados subservientes aos atos administrativos unilateralmente, somente podendo revê-los utilizando-se do princípio do contraditório. Porém, até tornar-se o ato inválido, após discussão administrativa ou judicial, ele será imposto, observando a sua qualidade específica de imperatividade, sobre a população.

A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade. (MEIRELLES, 2016, p. 185)

A Administração Pública, dentro de limites normativos, pode promover a instauração de uma de relação jurídica e estabelecer que os direitos e deveres dela derivados devam ser cumpridos concretamente (JUSTEN FILHO, 2016, p. 433).

Essa exigibilidade depende de autorização legislativa, ou seja, a norma legal terá que disciplinar, na sua essência, os termos e as condições em meio aos quais a exigibilidade se processará (JUSTEN FILHO, 2016, p. 433).

A exigibilidade é a coercibilidade, é a obrigatoriedade do ato. Essa imperatividade está presente nos atos cujo conteúdo alberga uma obrigação; pode ser uma obrigação de fazer, de não fazer, de suportar, de tolerar. No entanto, em não havendo no conteúdo do ato uma obrigação, não se obriga ninguém a nada.

Imperatividade é a regra, mas nem todo ato a revela. O atestado e a certidão são atos enunciativos, sem conteúdo decisório; são exemplos de atos que não têm imperatividade porque não constituem uma obrigação; além de atestar uma situação que já existe, não estão determinando nada.

Evidentemente que, quando um ato administrativo foi requisitado pelo administrado, este não é unilateral e, portanto, não carrega em si o atributo da imperatividade. Exemplificam o caso a licença, a autorização e a permissão.

Segundo a doutrina, o atributo da exigibilidade é a qualidade por efeito da qual o Estado, no exercício da função administrativa, exige, unilateralmente, o cumprimento das obrigações que impôs (MELLO, 2015).

Não se deve confundir o atributo da exigibilidade com a imperatividade: a imperatividade apenas constitui uma dada situação específica; quanto à exigibilidade, é possível à Administração Pública impor a sua obediência, sem recorrer ao Poder Judiciário para fazê-lo.

Além disso, mas não menos importante, há a autoexecutoriedade. Em situações excepcionais, a Administração Pública poderá exigir o compulsório cumprimento de um ato administrativo, valendo-se, inclusive, do uso da força (JUSTEN FILHO, 2016, p. 436).

Assim, a autoexecutoriedade permite que o ato administrativo possa ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário (DI PIETRO, 2014, p. 185).

A executoriedade propriamente dita existirá somente se estiver prevista, de forma expressa, em lei ou quando a execução imediata do ato for indispensável para resguardar o interesse público. Portanto, ela é vista como um destaque em relação à exigibilidade, de tal forma que nem todos os atos exigíveis são executórios.

É o atributo pelo qual o Poder Público pode compelir, materialmente, o administrado ao cumprimento das obrigações exigidas, não se confundindo com o atributo da exigibilidade, pois este somente garante que o ato seja exigível, não coagido materialmente, que é o caso da executoriedade.

A autoexecutoriedade indica a possibilidade de a Administração Pública obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa sem a intervenção imediata do Poder Judiciário, produzindo os atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado. Isso pode compreender o impedimento concreto da prática de certos atos pelos particulares. Essas hipóteses estão previstas normativamente e refletem, muitas vezes, o exercício conjugado de competências estatais por diversos Poderes. Assim se passa com os atos da polícia judiciária, em que se trata de dar cumprimento a ordens judiciais. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 436)

Consiste, segundo Meirelles (2016, p. 185), na possibilidade de que certos atos administrativos ensejem, imediata e direta, execução pela própria Administração Pública, independentemente de ordem judicial.

Não há autoexecutoriedade sem lei anterior que a preveja. Mesmo assim, a execução compulsória do ato administrativo por parte da administração será admitida somente quando não houver alternativa menos lesiva, sendo o uso da força a única solução para preservar a ordem jurídica e impor a realização dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2016, p. 436).

Destarte, tal característica vai estar presente quando: estiver prevista em lei e quando a situação for urgente. Pode, por exemplo, o poder público determinar a desocupação de uma área em risco e tirar, à força, as pessoas que apresentem resistência à desocupação.

Em linhas gerais, este capítulo dedicou-se ao aprofundamento do tema regulação do Estado, estabelecendo a evolução e o conceito do Estado regulador, seus pontos positivos e negativos. Outrossim, também foram analisados os princípios constitucionais da legalidade administrativa e do interesse público. E, em conclusão, foram engendrados estudos concernentes aos atos administrativos, conceituando e apontando seus requisitos e seus atributos.

Quanto ao terceiro capítulo, serão, preliminarmente, definidas e descritas as limitações administrativas. Após, o estudo se verterá ao exame da distinção entre as limitações administrativas e outras modalidades de intervenção (servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, tombamento e desapropriação) do Estado na propriedade privada, discutindo a questão da reparação civil e do dever de indenizar decorrentes de tais limitações no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

CAPÍTULO III – AS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS NO BRASIL

O direito de propriedade, ao longo dos tempos, sofreu grandes alterações, principalmente porque a noção de Estado evoluiu, assim como a de sociedade. E tal evolução conduziu à noção de função social da propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

Desse modo, na atualidade, a propriedade não representa um direito absoluto, fato que justifica a intervenção do Estado em assuntos que concernem à propriedade, mormente, para assegurar o interesse público, o bem comum.

Várias são as formas de intervenções do Estado na propriedade, sendo relevante abordar, inicialmente, seus aspectos e suas formas de instituição, bem como a reparação civil (o dever de indenizar). Em seguida, entrará em cena a questão da indenização acerca das limitações administrativas (Área de Preservação Permanente, Reserva Legal e Unidades de Conservação) relativas às propriedades rurais, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

3.1 Formas de Instituição

Pontuados os aspectos gerais da reparação civil, na perspectiva de Medauar (2013, p. 411), restrições administrativas são, em sentido lato, as limitações que incidem sobre as faculdades de uso, ocupação e modificação da propriedade, cuja finalidade é o atendimento de um interesse público. Ao que se acrescentam as contribuições de Meirelles:

Em qualquer hipótese, porém, as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva sem produzir um total aniquilamento da propriedade ou das atividades reguladas. Essas limitações não são absolutas, nem arbitrárias. Encontram seus lindes nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem expressar-se em forma legal. Só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social (CF, art. 170, III), e não impedem a utilização da coisa segundo sua destinação natural. (MEIRELLES, 2016, p. 763)

Percebe-se, pois, que a limitação administrativa é a exteriorização da soberania interna do Estado, caracterizada pela intervenção na propriedade; ou seja, é expressão da supremacia geral, regida pelo Direito Administrativo.

Não é demais ressaltar que toda e qualquer intervenção do Estado na propriedade privada se fundamente na supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, também, na função social da propriedade, ratificada nos arts. 5º, XXIII e 170, III, ambos da Constituição Federal. Logo, há o sacrifício da propriedade privada em prol do interesse público, que inspira a atuação estatal de natureza interventiva (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1002).

A limitação administrativa é, no entender de Justen Filho (2016, p. 707), “[...] restrição às faculdades de usar e fruir de bem imóvel, que dá configuração ao direito privado de propriedade, mediante ato administrativo unilateral de cunho geral”.

Meirelles, por sua vez, assim conceitua o instituto:

O conceito de limitação administrativa não tem sido convenientemente difundido pela doutrina, resultando daí deploráveis indistinções na legislação e na jurisprudência pátrias, que ora a confundem com restrição de vizinhança, ora com servidão predial, ora com servidão pública e até mesmo com desapropriação. Impõe-se, por isso, que, fixado o conceito de limitação administrativa, se apreciem os caracteres distintivos de todos estes institutos assemelhados, mas inconfundíveis na sua natureza e efeitos jurídicos. (MEIRELLES, 2016, p. 762)

Nesse cenário, percebe-se que a limitação administrativa significa “[...] toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 2016, p. 762).

Tal conceito, contudo, não foi, amplamente, trabalhado pelos doutrinadores, o que levou a um vácuo doutrinário, ora explícito com as indistinções constantes nas legislações e jurisprudências brasileiras. Importante frisar que a limitação administrativa é a imposição de ordem pública que deve visar ao interesse público.

Não destoaria desse entendimento Di Pietro (2014, p. 158), para quem a limitação administrativa é “[...] restrição que incide sobre um imóvel for em benefício de interesse público genérico e abstrato, como a estética, a proteção do meio ambiente, a tutela do patrimônio histórico e artístico, existe limitação à propriedade”.

A essência da limitação administrativa “[...] reside num dever de abstenção que recai sobre os proprietários e possuidores de bens e que é imposto em vista de características próprias desses bens e da realização de valores de interesse coletivo” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 706). Vale destacar que a limitação é geral, recai sobre bens imóveis e impõe a obrigação de não fazer.

A limitação administrativa se apresenta como instituto que acarreta a supressão absoluta das faculdades inerentes ao direito de propriedade, uma vez que restringe o uso e a fruição do bem imóvel (JUSTEN FILHO, 2016, p. 707). Todavia, se a vedação for absoluta ou implicar a eliminação do conteúdo econômico da propriedade, restará descaracterizada a limitação administrativa.

Logo, o que resulta da limitação administrativa é a o estabelecimento de limites quanto ao conteúdo e à extensão do direito de propriedade, reduzindo o direito em comento. Na limitação administrativa, o direito de propriedade existe, mas a ele são impostos limites.

Enquanto preceito de ordem pública, a limitação administrativa deriva do poder de polícia inerente e indissociável da Administração Pública, exteriorizado por meio de atos administrativos, imposições unilaterais e imperativas, podendo se apresentar sobre o prisma de uma obrigação positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixa fazer) (MEIRELLES, 2016, p. 762).

Acrescenta Meirelles (2016, p. 762) que “[...] 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”.

São, pois, preceitos de ordem pública que efluem do poder de polícia. A CF/88 prevê, em seus artigos, os direitos fundamentais e sociais motivados a assegurar a população. Denota-se que a Constituição estabelece diversos direitos, tais como liberdade, propriedade, educação, saúde, dignidade da pessoa humana, entre outros, que formam a base das relações humanas.

Assim como os direitos constitucionais, há, no ordenamento jurídico, limitações a determinados atos de liberdade ou de propriedade, nos quais os particulares estão sujeitos a suportarem com o desígnio de estabelecerem a ordem social no país e promover o bem-estar de todos. Para o desenvolvimento deste mecanismo, foi imprescindível a criação de normas sociais que promoveriam uma estruturação nestas limitações. Logo, a atividade individual sofreria determinada restrição para prover o bem maior da coletividade. Essa limitação de atos e abstenção de fatos, devidamente justificada, é conhecida como Poder de Polícia.

O Poder de Polícia é um poder que a Administração Pública, sendo esta compreendida como União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou quem nesta qualidade esteja, detém e atua, limitando os direitos individuais em prol de um interesse social.

Verifica-se que este poder costuma ser questionável quando exercido com excesso, beirando à improbidade administrativa ou ao abuso do poder. Casos como estes, devidamente comprovados, poderão levar à nulidade do ato praticado. Dessa forma, o exercício do poder de polícia deverá ser adequado.

Observa-se que, em diversas atividades desempenhadas pelos particulares, incide o poder de polícia. A título exemplificativo, na liberação para o funcionamento de evento público, a Administração Pública irá se valer do poder de polícia para interferir no âmbito particular, seja para limitar o direito deste de realizar o evento, alegando irregularidades em sua estrutura, ou para possibilitar a sua regularização. Apesar da intenção do particular em concretizar uma atividade festiva, por exemplo, esta somente será concedida mediante determinação do poder público, que, após executar a fiscalização, irá chancelar ou não o funcionamento da referida atividade. Para esta liberação, se fará uma análise que constatará se a atividade apresenta previsibilidade de danos aos frequentadores.

Esta peculiaridade de limitar os direitos dos particulares com o propósito de se evitar possíveis danos à coletividade é que se costuma conceituar como o poder de polícia negativo. De outro norte, quando desta limitação geram resultados satisfatórios, há a caracterização de um poder positivo.

Mello menciona ser esta uma definição insuficiente para qualificar a essência do poder de polícia. Veja-se:

Caracterizar o poder de polícia como positivo ou negativo depende apenas do ângulo através do qual se encara a questão. Com efeito, tanto faz dizer que através dele a Administração evita um dano, quanto que por seu intermédio ela constrói uma utilidade coletiva. Colocada a matéria nos termos da segunda assertiva, a atividade de polícia teria de ser considerada positiva. [...] É negativo no sentido de que através dele o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. Por meio dele normalmente não se exige nunca um *facere*, mas *sim non facere*. Por isso mesmo, antes de afirmar o seu caráter negativo, no sentido que usualmente se toma – o que é falso –, deve-se dizer que a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida através dos serviços públicos. (MELLO, 2015, p. 848)

Vale dizer, ainda, que o conceito de Poder de Polícia encontra-se expresso no art. 781 do Código Tributário Nacional. Embora a definição seja precária, o artigo serve como base legal, por inexistirem normas específicas que discorrem sobre a matéria. No entanto, será com o apoio dos ensinamentos doutrinários que se buscará o entendimento acerca do aludido assunto. O artigo supracitado demonstra, notavelmente, que, até os dias atuais, impera a supremacia do interesse público em face dos interesses particulares. Calcado neste princípio basilar do Direito Administrativo, o poder de polícia limitaria e disciplinaria determinadas liberdades individuais.

Acerca do tema, sustenta Di Pietro (2014, p. 116) que o poder de polícia se refere, a partir do conceito clássico, “[...] à atividade estatal que limita o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança”. Já o conceito moderno, para a mesma autora, seria “[...] a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Verifica-se que a ideia de interesse público ora mencionada atrelada ao conceito moderno abarcou os diversos setores da sociedade, não se limitando apenas ao interesse à segurança, como outrora, mas, também, envolvendo a saúde, o meio ambiente, etc.

Nesse sentido, o poder de polícia para Carvalho Filho (2015, p. 77), corresponde a “[...] prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.

Já Justen Filho (2016, p. 670) explana que o poder de polícia “[...] é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.

Constata-se uma simetria entre os entendimentos dos autores relacionados no que toca à definição do que venha a ser o Poder de Polícia, poder este que pauta as limitações administrativas no direito pátrio.

3.2 As Limitações Administrativas e Outras Modalidades de Intervenção do Estado na Propriedade Privada Imóvel

A denominada limitação administrativa encontra-se fundamentada, conforme apurado no tópico anterior, no poder de polícia do Estado e apresenta-se como forma de restrição imposta pelo poder público, que estabelece uma obrigação positiva ou negativa na utilização da propriedade, objetivando, assim, ao bem-estar da coletividade.

São exemplos clássicos do instituto em comento a obrigação de respeitar um recuo na construção, a proibição de construir acima de determinada altura, a obrigatoriedade de dispor de equipamentos anti incêndio, dentre outros.

Meirelles ilustra situações em que se configuram limitações administrativas; a saber:

Limitações administrativas são, p. ex., o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a

restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como, também, nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo sua destinação normal. Se o Poder Público retira do bem particular seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra, que deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, em favor de todos, não tem exceção no Direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras. É interdição de uso da propriedade e não desapropriação indireta, porque não há apossamento da propriedade pelo Poder Público. (MEIRELLES, 2016, p. 769)

Ocorre que a limitação administrativa não se confunde com institutos do Direito Administrativo, ainda que estes tenham por finalidade impor limitações ao direito de propriedade, como se passa a abordar.

A servidão administrativa é ônus real de uso, este imposto à propriedade particular pela Administração, para a realização ou conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, por meio de indenização dos prejuízos causados ao proprietário. Nota-se que a indenização da servidão intercorre em correspondência ao prejuízo causado ao imóvel.

Logo, na servidão administrativa, “[...] certos atributos do direito de propriedade (usar, fruir) em vez de se encontrarem no proprietário, exclusivamente, são partilhados com terceiros” (MEDAUAR, 2013, p. 421).

Sobre a natureza jurídica da servidão, Carvalho Filho analisa:

[...] um direito real público, porque é instituído em favor do Estado para atender a fatores de interesse público. Por isso, difere da servidão de direito privado, regulada pelo Código Civil e tendo como partícipes da relação jurídica pessoas da iniciativa privada (arts. 1.378 a 1.389 do Código Civil). (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1001)

Portanto, como ocorre no âmbito do Direito Civil, a servidão administrativa ostenta qualidade de direito real de natureza pública, recaindo sobre bens imóveis específicos, devendo ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente para que seus efeitos sejam *erga omnes* (CARVALHO, 2016, p. 1017).

Não obstante a referência do predito autor ao Código Civil, salienta-se que, na servidão administrativa, há o atendimento a interesse público, já na servidão privada, o interesse a ser preservado é privado; e, ainda, a servidão administrativa se submete às regras de direito público, enquanto as servidões privadas são regidas pelo direito privado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1002).

A servidão administrativa, portanto, “[...] consiste num dever de suportar e de não fazer, que recai sobre bem imóvel determinado e é imposto por ato administrativo unilateral” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 712).

Justen Filho (2016, p. 713) atenta para o fato de que, na servidão administrativa, o titular do direito de propriedade deve admitir que a Administração Pública se valha dele para usos relacionados ao interesse comum. Exatamente por isso não é fácil a generalização das hipóteses, pois, em alguns casos, a servidão acarreta apenas o dever de suportar, enquanto em outras situações impõe a obrigação de não fazer. Contudo, em quaisquer das hipóteses, “[...] não se admitirá o exercício das faculdades inerentes ao domínio privado em termos que frustrem a finalidade da servidão”.

Apenas para esclarecer, o dever de suportar é assinalado, por exemplo, quando se fixa a identificação de um logradouro na faixa de um imóvel. O proprietário do bem deve, pois, suportar a manifestação de vontade da Administração Pública, cuja finalidade está na observância do interesse comum.

Quanto a exemplo da obrigação de não fazer em virtude da servidão administrativa, revela-se na vedação de cultivo em áreas próximas às linhas de transmissão de energia elétrica, em função dos riscos que tal prática pode ocasionar ao proprietário do bem e, principalmente, à coletividade.

A servidão administrativa recai sobre bem determinado e é sempre um ato administrativo unilateral (JUSTEN FILHO, 2016, p. 713). No entanto, o autor ressalta a existência de controvérsia quanto à admissibilidade de servidão produzida por efeito direto da lei, entendimento do qual não se coaduna.

Quanto à constituição da servidão administrativa, pode decorrer do acordo entre proprietário e poder público, quando este declara a necessidade de instituição de servidão e consegue o assentimento do proprietário; ou por meio de sentença judicial, quando inexistente acordo entre poder público e proprietário (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1004).

No que se refere ao fundamento legal, como bem disserta Carvalho Filho (2015, p. 1002), tem-se no art. 40, do Decreto-lei nº 3.365/1941, que regula as desapropriações por utilidade pública, o dispositivo legal que o norteia.

Medauar (2013, p. 422) enfatiza que, na servidão, não se opera a transferência de domínio, tampouco da posse, bem como do uso total do bem ao poder público; logo, somente caberá indenização se a limitação acarretar realmente prejuízo.

A respeito da indenização, aliás, esclarece Justen Filho:

É possível que a servidão acarrete direito de indenização para o proprietário privado. Tal ocorrerá quando a servidão produzir restrições ao conteúdo econômico do direito de propriedade. Assim, por exemplo, suponha-se o caso de servidão que impeça o cultivo de certas áreas do imóvel. Isso significa a redução do potencial de exploração econômica do bem. Mas haverá casos em que a servidão não produzirá qualquer efeito econômico relativamente ao proprietário. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 716)

É importante ressaltar que a indenização será sempre proporcional à extensão da restrição imposta, sendo que, por força da Súmula nº 56 do Superior Tribunal de Justiça, são devidos também juros compensatórios pela limitação do uso de propriedade.

Ressalta-se, ademais, que a servidão administrativa não se confunde com a limitação administrativa, como se extrai de Di Pietro:

Toda servidão limita a propriedade, mas nem toda limitação à propriedade implica a existência de servidão. Assim, se a restrição que incide sobre um imóvel for em benefício de interesse público genérico e abstrato, como a estética, a proteção do meio ambiente, a tutela do patrimônio histórico e artístico, existe limitação à propriedade, mas não servidão; esta se caracteriza quando, no outro extremo da relação (o dominante) existe um interesse público corporificado, ou seja, existe coisa palpável, concreta, a usufruir a vantagem prestada pelo prédio serviente. Por isso mesmo, não consideramos o tombamento como servidão, pois nele, embora a restrição incida sobre um imóvel determinado, não existe a coisa dominante; a restrição é imposta em benefício de um interesse público: a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. (DI PIETRO, 2014, p. 157)

Destarte, enquanto nesta há uma restrição geral e gratuita, imposta, indeterminadamente, às propriedades particulares, objetivando beneficiar a coletividade, na servidão administrativa, se impõe um ônus especial à determinada propriedade (daí decorre a delimitação do imóvel), mediante indenização do Poder Público, na hipótese de prejuízo, para proporcionar a execução de algum serviço público de interesse coletivo (MEIRELLES, 2016, p. 769).

A requisição é o instrumento do qual se vale a Administração Pública, com base no interesse público, em situações excepcionais que demandem a compressão do direito de particulares; anote-se que esta deve ser indenizada apenas se houver dano, posteriormente, pois remete a uma urgência imediata.

Sobre a requisição de bens, esclarece Justen Filho:

A requisição de bens consiste numa modalidade especial de ocupação temporária de bens, fundada no art. 5.º, XXV, da CF/1988, que se verifica quando um bem, necessário à satisfação de situação de urgência, é

consumível por natureza. Nesse caso, a "ocupação" do bem acarretará seu desaparecimento, de modo que é possível estimar, desde logo, a impossibilidade de sua restituição. Por isso, a destinação da requisição é resolver-se no pagamento da indenização correspondente. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 728)

Porém, não é o administrador público livre para requisitar bens e serviços, pois, para que isso aconteça, é necessário o perigo iminente: “[...] perigo que não somente coloque em risco a coletividade, como também que esteja prestes a se consumir ou a expandir-se de forme irremediável se alguma medida não for adotada” (CARVALHO, 2016, p. 1008).

Medauar (2013, p. 421) complementa, ao destacar que o fundamento constitucional da requisição é o art. 5º, inciso XXV, que permite, em caso de iminente perigo público, à autoridade competente usar de propriedade particular, assegurando, por conseguinte, o direito à indenização ulterior, na hipótese de dano.

Com isso, para que se opere a requisição, é necessário o iminente perigo público, ou seja, situação de risco imediato à integridade e segurança das pessoas e de bens, uma situação de urgência, a exemplo de inundações, epidemia e incêndio (MEDAUAR, 2013, p. 421).

Carvalho (2016, p. 1008), por seu turno, frisa que, anteriormente, a requisição somente era possível em situação de guerra ou de movimentos graves de origem política; na atualidade, contudo, ingressou no Direito Administrativo, servindo para fins civis e militares.

Comunga dessa compreensão Di Pietro:

Em suas origens no direito brasileiro, só se admitiam as requisições em tempo de guerra ou de comoção intestina grave (art. 80 da Constituição de 1891 e art. 591 do Código Civil de 1916). As Constituições de 1934, 1946 e a de 1967 previam a competência da União para legislar sobre requisições civis e militares em tempo de guerra. Na legislação ordinária, tais requisições são regulamentadas pelo Decreto-lei nº 4.812, de 8-1 0-42, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 5.451, de 30-4-43. Mais recentemente, passaram-se a admitir, visando à intervenção no domínio econômico, as requisições em tempo de paz, autorizadas pela Lei Delegada nº 4, de 26-9-62, regulamentada pelo Decreto nº 51. 644-A, de 26-11-62, referente às requisições de bens e serviços, e pelo Decreto-lei nº 2, de 14- 1- 66, regulamentado pelo Decreto nº 57. 844, de 18-2-66, referente às requisições de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população. Ambas são de competência da SUNAB. (DI PIETRO, 2014, p. 143)

A requisição se opera, unicamente, por lei, sendo de competência da União, nos termos do inciso III, do art. 22, da Constituição Federal, legislar, privativamente, sobre requisições civis e militares, em caso de iminente perigo ou em tempo de guerra (CARVALHO, 2016, p. 1008).

Importante informar que a competência mencionada é de natureza legislativa, não impedindo que os demais entes federados utilizem o instituto, desde que presentes os requisitos constitucionais e legais, a exemplo do que já ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, quando, em virtude de calamidade pública, e por decreto municipal, foram demandados bens particulares, questão que foi ratificada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado (CARVALHO, 2016, p. 1008).

Anote-se que a requisição é ato unilateral e auto executório, uma vez que o particular não precisa concordar, tampouco se faz necessária a intervenção prévia do Poder Judiciário; e, em regra, é ato oneroso, embora a indenização seja *a posteriori* (DI PIETRO, 2014, p. 144).

Quanto à indenização, é impreterível a existência de danos ao bem. Logo, inexistindo dano, nenhuma indenização será devida pelo Estado, princípio que também se aplica às servidões administrativas, consoante observado.

A ocupação temporária, instituto que também permite ser denominado de ocupação provisória, pode ser remunerada ou gratuita, alcançando bens públicos ou particulares, para fins de execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público, nos termos do inciso XXV, do art. 5º, da Constituição da República de 1988.

Justen Filho (2016, p. 726) assim denota a ocupação temporária:

Ocupação temporária consiste no apossamento, mediante ato administrativo unilateral, de bem privado móvel ou imóvel para uso temporário, em caso de iminente perigo público, com o dever de restituição no mais breve espaço de tempo possível e o pagamento da indenização pelos danos eventualmente produzidos. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 726)

Portanto, a Administração Pública se investe fisicamente no uso e na fruição de um bem, independente da concordância do particular. Porém, esse ato não pode ser apenas físico, é preciso que se apresente, também, como ato administrativo, ainda que, em situações emergenciais, até seja possível um ato verbal.

Na ótica de Meirelles (2016, p. 761), o instituto em comento se fundamenta na “[...] necessidade de local para depósito de equipamentos e materiais destinados à realização de obras e serviços públicos nas vizinhanças da propriedade particular”.

E Medauar (2013, p. 423) complementa, ressaltando que a ocupação temporária é o instituto utilizado pelo poder público, que, por meio de seus agentes ou por empreiteiros, serve-se, provisoriamente, de terrenos não edificadas, vizinhos a obras públicas. Essa ocupação provisória deve ser necessária à realização da obra e encontra previsão também no art. 36 do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Análogas são as considerações de Carvalho (2016, p. 1012), que ilustra casos em que se autorizam a ocupação temporária:

Exemplo típico de ocupação temporária é a utilização temporária de terrenos particulares contíguos a estradas (em construção ou em reforma), para a alocação transitória de máquinas de asfalto, equipamentos de serviço, pequenas barracas de operários etc. É também caso de ocupação temporária o uso de escolas, clubes e outros estabelecimentos privados por ocasião das eleições; aqui a intervenção visa a propiciar a execução do serviço público eleitoral. (CARVALHO, 2016, p. 1012)

A indenização, nessas circunstâncias, também se dá ao final, mediante ação própria. Todavia, havendo exigência do proprietário, pode o poder público ser compelido a prestar caução.

A ocupação não é instrumento de redução do valor ou das aptidões do bem. A Administração não se apossa do bem para dele retirar os frutos. Por isso, o bem deve ser restituído nas mesmas condições em que se encontrava quando houve o apossamento, incumbindo à Administração Pública promover a indenização ao particular pelas perdas e danos eventualmente ocorridos. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 728)

Saliente-se, além disso, a necessidade de declaração de utilidade pública para que tal instrumento possa ser utilizado.

O tombamento, em linhas gerais, é uma forma de intervenção na propriedade privada, em que o Poder Público objetiva a proteção de patrimônio histórico, artístico e cultural nacional; os bens assim consignados devem estar inscritos pelo Poder Público no chamado livro do tomo. Podem ser objetos de tombamento todos os bens móveis e imóveis, materiais e imateriais, públicos e privados, monumentos naturais, sítios e paisagens.

Sobre tal instituto, Medauar (2013, p. 417) disserta:

O tombamento apresenta-se como um dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural. Segundo a Constituição Federal, art. 216, § 1º, o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventário, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (MEDAUAR, 2013, p. 417)

Quanto à disciplina constitucional do tombamento e dos fins que o justificam, Carvalho Filho (2015, p. 1019) enuncia:

A proteção dos bens de interesse cultural se inicia pela Constituição, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados aos grupos formadores da sociedade brasileira. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1019)

O tombamento é descrito por Justen Filho (2016, p. 718) como o “[...] dever de manutenção da identidade de coisa móvel ou imóvel determinada, cuja conservação seja de interesse da coletividade, imposto por ato unilateral e de cunho singular”. Enquanto Di Pietro sustenta que:

O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (art. 1º do Decreto-lei nº 25, de 30-1-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional). (DI PIETRO, 2014, p. 146)

Carvalho (2016, p. 1021) entende que o tombamento atinge o caráter absoluto da propriedade, pois define limitações ao exercício do direito de propriedade, “[...] definindo regras de forma a evitar que a destruição deste bem resulta na perda de informações relevantes à história do país ou cause prejuízos a obras artísticas de valor cultural inestimável”.

Desse modo, o tombamento consiste no dever de manutenção de identidade do bem, gerando deveres de não fazer (omitir toda conduta apta a produzir alteração da identidade do bem) e de fazer (produzir os reparos e manutenções necessários para evitar perecimento) (JUSTEN FILHO, 2016, p. 718).

Extraí-se das considerações alistadas que o tombamento abrange um bem determinado, cujo interesse de conservação seja de interesse coletivo; sumariamente, reúne aqueles bens denominados de patrimônio histórico ou artístico nacional.

No que tange à competência para o tombamento, tem-se competência comum das entidades públicas, pois pode se concretizar no âmbito federal, estadual ou municipal, sendo que, em se tratando de Estado ou Município, o bem deve se situar nos respectivos territórios (MEDAUAR, 2013, p. 417). Já no âmbito federal, a competência para tombamento é do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

No âmbito federal, foi criado o IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, autarquia nacional, vinculada ao Ministério da Cultura,

com a intenção de tomar as medidas necessárias à proteção dos bens que conservam aspectos relevantes de arte, cultura e história, merecendo a proteção do Estado. Os estados e municípios devem instituir entidades autárquicas ou órgãos públicos com finalidades similares em seu âmbito. (CARVALHO, 2016, p. 1022)

Quanto à indenização, Carvalho (2016, p. 1027) sopesa que, em regra, a preservação da identidade de um bem, conservando suas características originais, não gera prejuízo efetivo à propriedade, razão pela qual não será cabível indenização pela imposição de tombamento sobre bens privados. Assim, o tombamento não gera direito à indenização.

Sobre o mesmo tema, pronuncia-se Justen Filho:

Em princípio, o tombamento não gera direito à indenização. O bem permanece no domínio do anterior proprietário, que dele pode usar e fruir, inclusive retirando os proveitos econômicos compatíveis com o tombamento. No entanto, surgirá direito de indenização quando o tombamento impuser deveres de cunho econômico ou quando impedir a exploração econômica que o bem apresenta potencialmente. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 719)

Percebe-se, portanto, que, na hipótese de esvaziamento do valor econômico do bem, excepcionalmente, o proprietário poderá ser indenizado, de modo que não suporte sozinho o dano.

O Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, regulamenta o tombamento, juntamente com o disposto no art. 216, §1º, da Constituição de 1988.

A desapropriação, também chamada de expropriação, é um instrumento que se opera por meio de procedimento administrativo, quando amigável, ou administrativo e judicial, quando não se logra êxito na esfera administrativa, pelo qual o Poder Público, com o intuito de atender a uma necessidade, utilidade pública ou interesse social, transfere, compulsoriamente, para a sua titularidade, bem particular, com o prévio e justo adimplemento de verba indenizatória em dinheiro.

Mello (2015, p. 831) trata da questão, adotando a concepção de que a desapropriação é um caso especial de perda da propriedade e não um mecanismo de restrição, pois a propriedade de alguém se transfere por necessidade ou interesse público.

À luz do Direito Positivo Brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o poder público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um certo bem, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro (MELLO, 2015, p. 831).

Do exposto, extrai-se como elementos essenciais o formalismo, a compulsoriedade e a unilateralidade; como sujeito ativo, a Administração Pública ou seus delegatários; como sujeito passivo, o titular da coisa; como objeto, a perda do bem; como pressupostos, a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social; e, em contrapartida a esta modalidade de intervenção estatal, a prévia e justa indenização.

É por meio da desapropriação que se autoriza a atuação Estatal, a fim de concretizar, sem maiores transtornos, obras e serviços públicos essenciais, realizar urbanização, implantar áreas de preservação ambiental, dentre outras atividades que atendam às demandas sociais, protegidas pelo interesse público, ainda que o proprietário não concorde em transferi-la ao Poder Público, seja pela ausência de vontade ou pela discordância quanto ao valor ofertado.

A autoridade do Estado é muito bem representada por institutos como o da desapropriação, a finalidade social, que é dever do Estado, é a força motriz que faz com que tal procedimento administrativo tenha uma previsão constitucional (art. 5º, XXIV) e que seja, sim, permitido ao Estado intervir na propriedade particular cumprindo determinados requisitos, obviamente.

Considerando o instituto da desapropriação como uma espécie de intervenção estatal na propriedade privada, cumpre compreender seu conceito. A desapropriação vem do poder de intervenção que o Estado detém para suscitar uma organização social, tudo isso é fruto da necessidade coletiva imposta pelos cidadãos, que é gerenciada pela Administração Pública.

Ainda enunciando tal matéria, completa Meirelles:

A multiplicidade das exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas impõem ao Poder Público à diversificação dos meios de intervenção na propriedade e de atuação do domínio econômico, variando desde o apoderamento de bens e serviços particulares através da desapropriação ou da requisição até as medidas mais atenuadas da servidão administrativa, da limitação administrativa, e da ocupação temporária, além da repressão ao abuso do poder econômico e das medidas de controle de abastecimento e de fixação de preços. (MEIRELLES, p. 572)

Veja-se que tal instituto possui características que o tornam único no Direito brasileiro, conservando uma formulação de simples compreensão. Prosseguindo com Meirelles, o autor aprecia:

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa

indenização em dinheiro (CF, art. 52, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CP, art. 182, § 42, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF/88, art. 184). (MEIRELLES, 2016, p. 728)

Por outro lado, Justen Filho (2016, p. 733) é mais sucinto, ao dispor que a desapropriação “[...] não é um procedimento, mas um ato. Mas esse ato pressupõe, de modo inafastável, um procedimento prévio. A desapropriação é o ato final desse procedimento”.

A desapropriação desenvolve-se por procedimento administrativo, preparatório do judicial, por meio do qual o Poder Público, compulsoriamente, pretende despojar alguém de seu direito de propriedade, a fim de adquiri-lo, mediante indenização, prévia, justa, geralmente em dinheiro ou, excepcionalmente, em títulos da dívida pública, resgatáveis ao longo do tempo, fundada em interesse público, necessidade pública, interesse social, como pena pela não utilização do bem nos termos de sua função social ou, ainda, em decorrência de ilícito criminal.

Sobre a desapropriação enquanto procedimento administrativo, Di Pietro pontua:

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização. (DI PIETRO, 2014, p. 166)

Do conceito em tela, algumas características do instituto podem ser extraídas: a desapropriação é um procedimento, sob o ponto de vista formal; tem como sujeito ativo o Poder Público ou seus delegados; são pressupostos a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social; o sujeito passivo é o proprietário do bem; o objeto da desapropriação é um bem; e a reposição do patrimônio do particular se dá por justa indenização.

Também defendendo ser a natureza jurídica da desapropriação procedimento, Carvalho analisa:

A natureza da desapropriação, como já antecipamos, é a de procedimento administrativo e, quase sempre, também judicial. Procedimento é um conjunto de atos e atividades, devidamente formalizados e produzidos com sequência, com vistas a ser alcançado determinado objetivo. No procedimento da desapropriação, tais atos se originam não somente do Poder Público, mas também do particular proprietário. Seja como for, é essencial que sejam formalizados esses atos, tanto para a garantia de uma parte quanto da outra. (CARVALHO, 2016, p. 1041)

O reflexo da utilização da desapropriação leva a um conceito em dois ângulos distintos, mantendo, então, uma incidência pública e outra particular, conforme expõe Medauar (2013, p. 423):

Sob o ângulo do direito privado, a desapropriação representa um modo de perda da propriedade. Sob o enfoque do direito público, configura um meio de aquisição de bem público ou um instrumento de realização de atividades de interesse público, inclusive no tocante a mais justa distribuição da propriedade. (MEDAUAR, 2013, p. 423)

Oportuno sublinhar, nesse entendimento, que existem, realmente, dois ângulos distintos que acabam se chocando no ato desapropriatório: de um lado, a aquisição do bem por parte da coletividade e, em vértice oposto, a perda do caráter individual para o proprietário.

Meirelles sacramenta o conceito com um olhar finalístico:

A desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre garantia da propriedade individual e função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade. (MEIRELLES, 2014, p. 729)

A desapropriação está ligada ao interesse do Estado em determinados bens, os quais são objetos da intervenção estatal; todo esse interesse de ação por parte do Estado objetiva bens específicos, sendo somente válida a utilização desse instituto quando são cumpridos os requisitos definidos em lei.

Podem ser objetos da desapropriação todos os bens móveis ou imóveis, eles públicos ou privados, corpóreos ou incorpóreos. Furtado destaca:

O Decreto-lei n.º 3.365/41 em seu art. 2.º, estabelece que todos os bens podem ser desapropriados. Essa regra geral permite concluir que bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, fungíveis ou infungíveis, públicos ou privados, podem ser objeto de desapropriação. (FURTADO, 2016, p. 762)

Segundo Meirelles (2016, p. 585), até mesmo o espaço aéreo e o subsolo são passíveis de desapropriação; a moeda corrente nacional, todavia, não pode ser desapropriada, visto ser o próprio meio de pagamento da indenização. Ainda assim, moedas raras, tanto nacionais, quanto estrangeiras possibilitam ser expropriadas.

Várias são as modalidades de desapropriação. Por exemplo, é possível a desapropriação por descumprimento da função social da propriedade, modalidade disciplinada no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), que regulamenta os arts. 182 e 183 da CF/88. Logo, tal forma de desapropriação é instrumento de política urbana, sendo o pagamento ao proprietário realizado com títulos, nos termos do § 4º, do art. 182 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Há, também, a desapropriação por descumprimento de função social da propriedade rural, tratada na Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993, cuja competência é da União e tem lugar quando o imóvel não cumpre sua função social, ou seja, não observa os requisitos do art. 186 da CF/88. Nesse caso, o pagamento é feito com títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 (vinte) anos, embora as benfeitorias úteis e necessárias devam ser pagas em dinheiro, a teor do que dispõe o § 1º, do art. 184 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Também é possível a desapropriação de glebas de terras em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, nos termos do art. 243 da Constituição Federal. Esta modalidade se equipara ao confisco, já que o expropriado não tem direito à indenização.

Quanto ao objeto da desapropriação ora especificado, pertinente também observar que, embora tal ação seja de competência do Estado, existe, ainda, uma limitação específica a cada ente estatal definida, expressamente, na legislação brasileira. Assim, a competência da desapropriação pode ser estabelecida sob óticas diferentes: competência para legislar a desapropriação; competência para desapropriar.

A Constituição define que compete, privativamente, à União legislar sobre a desapropriação, porém, quando se refere aos pressupostos de desapropriação (utilidade ou necessidade pública, interesse social) expressos por Decreto do respectivo Chefe do Executivo, adota-se o Decreto-lei 3.365/41, que, em seu art. 2º formula: “A União, os Estados e o Distrito Federal tem competência para emitir declaração expropriatória e promover a desapropriação”.

No que se refere às entidades de administração indireta, manifesta-se Medauar:

As entidades da Administração indireta podem promover desapropriação, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato (art. 3º); para tanto, previamente deve ser emitido ato declaratório pelo Chefe do Executivo a que se vinculam. Fogem à regra, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT, de natureza autárquica, dotado de competência também para emitir declaração expropriatória, mediante portaria, conforme a Lei 10.233/2001, com alterações posteriores; e a Agência Nacional de Energia-ANEEL, dotada da competência de declarar e promover a desapropriação, no tocante às áreas necessárias a implantação de instalações de concessionárias, permissionários e autorizados de energia elétrica. (MEDAUAR, 2013, p. 427)

Por fim, cumpre esclarecer que o procedimento da desapropriação é dividido em duas fases: a primeira declaratória, que objetiva a declaração da utilidade pública ou do interesse social; e a segunda, chamada executória, que diz respeito às providências no plano concreto para a efetivação da manifestação de vontade relativa à primeira fase, podendo, ainda, ser subdividida em administrativa (quando o Poder Público e o expropriado acordam quanto à indenização e o ato da expropriação) e judicial (quando a Administração entrar com Ação Expropriatória perante o Poder Judiciário).

Não é demais ressaltar que a desapropriação não se confunde com a limitação administrativa, uma vez que naquela há a transferência do domínio do expropriante, com integral indenização, enquanto na limitação administrativa o que ocorre é tão somente uma restrição ao uso da propriedade, imposta, genericamente, a todos os proprietários, sem qualquer indenização (MEIRELLES, 2016, p. 770).

3.3 Reparação Civil e o Dever de Indenizar na Propriedade Privada Rural

Embora o sentimento elementar de justiça seja verificado anteriormente ao Direito Romano, sobre o dever de indenizar, não se sabe ao certo quando este surgiu. Diante de tal horizonte de possibilidades, compreender a essência da questão e tentar defini-la representa um recorrente desafio ao jurista, dentro da imensa gama de relações abrangidas pelo tema.

Logo, antes de especificar de quem é a responsabilidade, é preciso, antes, apreender o sentido precípuo de responsabilidade. O instituto da responsabilização civil é uma das questões mais intrincadas na seara jurídica, pois traz à baila discussões relacionadas aos danos sofridos pelos indivíduos nas relações interpessoais, bem como sua repercussão na esfera jurídica.

Portanto, importa destacar, preliminarmente, que, nos primórdios da humanidade, não havia o que se falar em responsabilidade civil, pois, assim como no Direito Penal figurava a vingança, também na seara cível prevalecia tal modalidade de punição. Tal prática caracterizava-se, basicamente, pela reação da comunidade ao agressor; ou seja, diante da agressão a um dos membros do grupo, os demais se uniam para revidar a ofensa sentida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 37).

Com o passar dos tempos e a organização da sociedade, a vingança coletiva deixou de vigorar e passou a predominar a vingança privada, em que o ofendido fazia justiça pelas próprias mãos, observando a Lei de Talião, que determinava “olho por olho, dente por dente”, como se extrai dos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho:

É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. Ressalte-se, contudo, como se sabe, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014, p. 37)

Enquanto vigorou a vingança coletiva, o Estado não intervinha; e, no período da vingança privada, sua atuação era tão somente para determinar como e quando o ofendido poderia revidar a ofensa, atuando apenas para legitimar o ato praticado pela vítima.

No Direito Romano, a noção de delito era, diretamente, ligada à vingança privada, em que o ofendido ou membros de seu clã exerciam sobre o ofensor o direito de revidar a agressão. E no que se referia à responsabilização civil, igualmente não se distanciou desta ideia, assim como as sociedades que o antecederam.

Com a evolução da sociedade, a vingança privada foi cedendo espaço à composição voluntária, uma vez que não mais se aceitava a ideia de revidar às agressões praticadas. A composição voluntária era, assim, um instituto mais racional.

Num terceiro momento, a composição voluntária passou a ser tutelada pelo Estado, sendo, então, denominada de composição legal. A punição estatal diferia, e muito, da privada, pois, além da imparcialidade, era, também, mais tímida, sem, contudo, desvincular-se da questão corporal. Nesta época, era comum a ruptura de um membro, fraturas de ossos, ofensas como violências leves, bofetadas, dentre outras hostilidades (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 38).

A reparação pecuniária apenas ganhou importância com a introdução, entre os Romanos, da *Lex Aquilia de Damno*, que difundiu a compensação em dinheiro em razão do valor do dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 38).

Vale destacar, ainda, que, no que se refere à reparação do dano, ao longo dos tempos, sedimentou-se o entendimento de que deve predominar a responsabilização patrimonial, em que o patrimônio do ofensor responde pelos prejuízos sofridos pela vítima. Para tanto, está o patrimônio do ofensor vinculado à restituição, ou seja, apenas recompensa pelos danos causados até o limite dos seus bens, ressarcindo os prejuízos tão somente com seu patrimônio, não alcançando sua integridade física (VENOSA, 2017b, p. 398).

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 02) ponderam que o termo “responsabilidade” pode ser interpretado como a obrigação que uma pessoa tem de arcar com as consequências dos seus atos. Entretanto, tal dever e o sujeito que deverá restituir tais danos devem estar caracterizados, se fazendo imprescindível, ainda, uma conexão entre este e a conduta que gerou prejuízo a outrem.

Portanto, interessa ao Direito à responsabilidade daquele que, por ação ou omissão, viola bem jurídico protegido, gerando para ele uma sanção, como dissertam Gagliano e Pamplona Filho:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada - um dever jurídico sucessivo - de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante), de acordo com os interesses dos lesados. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 03)

Dessa breve explanação, percebe-se que o Direito atribui ao sujeito que pratica um ato ilícito uma resposta jurídica que tende a ser equivalente à sua conduta, considerando injusto o dano experimentado pela vítima. Essa resposta vem a ser, comumente, a indenização, que é arbitrada no intuito de sanar ou compensar o prejuízo causado, evitando-se outros de igual natureza.

Isso se deve porque, ocorrendo o ato ilícito, provém a necessidade de se restabelecer esse equilíbrio, procurando recolocar o prejudicado no *status quo ante*. Tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão, mediante uma indenização fixada em proporção ao dano.

Não se pode ignorar, ademais, que a responsabilidade pode se apresentar sob várias conformações: civil, penal ou administrativa. Porém, a este estudo interessa, unicamente, a responsabilidade civil, que, em Di Pietro, integra:

A responsabilidade civil é de ordem patrimonial e decorre do artigo 186 do Código Civil, que consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado repará-lo.

Analisando-se aquele dispositivo, verifica-se que, para configurar-se o ilícito civil, exige-se:

1. ação ou omissão antijurídica;
2. culpa ou dolo; com relação a este elemento, às vezes de difícil comprovação, a lei admite alguns casos de responsabilidade objetiva (sem culpa) e também de culpa presumida; uma e outra constituem exceções à regra geral de responsabilidade subjetiva, somente sendo cabíveis diante de norma legal expressa;
3. relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado;
4. ocorrência de um dano material ou moral. (DI PIETRO, 2014, p. 610)

A concepção de responsabilidade civil é bastante ampla, o que justifica as divergências doutrinárias e a dificuldade dos autores em encontrar consenso quanto aos elementos integrantes do instituto e, sobretudo, à sua adequação ao caso concreto. Por isso, Silva e Costa, ao analisar os aspectos conceituais, atentam para responsabilidade civil de caráter ambiental:

A responsabilidade civil de caráter ambiental não foge à regra que a define em outros aspectos. A Constituição de 1988 trata do tema responsabilidade em seu art. 24 e, ao dispor sobre a competência concorrente entre os entes federados, inclui, em seu inciso VIII, a responsabilidade por dano ambiental. (SILVA; COSTA, 2016, p. 247)

Além disso, os estudiosos do tema tendem a trazer para a seara da responsabilidade civil abstrações técnicas como a causalidade, reportando à organicidade da responsabilidade subjetiva ou objetiva, questão a ser tratada oportunamente.

A responsabilidade civil está fundamentada no princípio da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *status quo ante*. Destarte, a finalidade precípua da responsabilidade civil é manter a segurança jurídica da vítima, enquanto a sanção civil, de natureza pecuniária, reveste-se de cunho compensatório (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 135).

Há doutrinadores que defendem a inserção da responsabilidade civil no Direito das Obrigações, uma vez que imputa ao autor do ato a obrigação de indenizar a vítima pelas lesões a ela causadas. No entanto, como salientam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 34), obrigação encerra um dever jurídico originário, ao passo que a responsabilidade traduz um dever jurídico sucessivo, ou seja, decorre da violação daquela.

Tartuce (2017, p. 389) analisa que a ideia de responsabilidade remete à de lesão do direito: “[...] sempre que se infringe um dever jurídico correspondente a um direito [...]” surge a responsabilidade. E acrescenta que aquilo que designa lesão no direito se encontra consagrado no art. 186 do Código Civil: “[...] pelo qual o ato ilícito está configurado toda vez em que a lesão estiver presente, cumulada com um dano material, moral, estético ou de outra categoria” (TARTUCE, 2017, p. 389), podendo ser compreendido como a soma entre lesão de direito e dano causado. Daí, o conceito de ato ilícito acastelado pelo autor: “[...] conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém” (TARTUCE, 2017, p. 390).

O ato ilícito produz, portanto, resultados não desejados pelo agente. Por isso, a prática de um ilícito configura infração de um dever e a conseqüente imputação de um resultado, podendo o ato ilícito ser de natureza civil, penal ou administrativa.

A consequência do ilícito é a obrigação de reparar o dano, como prescreve a parte final do art. 927 do Código Civil, não havendo qualquer confusão entre os conceitos de ilícito e de responsabilidade civil.

Não obstante, para a configuração da responsabilidade civil, tanto pela teoria subjetiva quanto pela objetiva, é necessária a presença de elementos essenciais, indispensáveis à conformação do instituto e, por conseguinte, à obrigação de reparar.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 47), os elementos da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, são extraídos do art. 186 do Código Civil, quais sejam: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade; e, acidentalmente, pode estar presente, também, o componente culpa.

O item conduta corresponde ao comportamento do homem, seja ele comissivo ou omissivo, voluntário (controlável pela vontade do agente) e imputável (possibilidade de atribuir a prática do ato a alguém), excluindo-se os eventos da natureza, os atos inconscientes e aqueles praticados sob coação absoluta.

A esse respeito, Gagliano e Pamplona Filho proferem:

[...] não se pode reconhecer o elemento “conduta humana”, pela ausência do elemento volitivo, na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 50)

Logo, apenas o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que esculpe, poderá ser civilmente responsabilizado pela conduta humana, positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 27).

O segundo elemento da responsabilidade civil a ser analisado é o dano, que compreende a lesão sofrida pela vítima, atentando contra os valores protegidos pelo direito, de cunho moral ou físico, relacionados à pessoa, a seus bens ou direitos.

Indispensável a existência de dano ou prejuízo para a determinação da responsabilidade civil. Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencional

carrega em si a presunção de dano. Sem a ocorrência deste elemento, não haveria o que indenizar e, conseqüentemente, responsabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 55).

Cumpra ressaltar que não é qualquer dano que permite ser qualificado como responsabilidade civil, mas apenas aqueles passíveis de ressarcimento; ou seja, o dano injusto, que necessita, para caracterização, dos requisitos atualidade, certeza e subsistência.

Importante frisar, ainda, que o dano resultante da lesão pode ser de natureza patrimonial ou moral, sendo aquele o que atinge o patrimônio da vítima, deteriorando-o, total ou parcialmente, patrimônio este que deve ser compreendido como aquele economicamente avaliável, e alcança, ademais, os danos emergentes (o que a vítima, efetivamente, perdeu) e os lucros cessantes (o que a vítima, razoavelmente, deixou de ganhar), nos termos do art. 402 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O dano moral, por sua vez, atinge bens imateriais, também denominados “bens da personalidade”, tais como a honra, a imagem, o nome, incluindo, ainda, a sua propagação, pois a vítima pode sofrer um dano inicialmente causado a outrem e que, contudo, a afeta de forma reflexa (PEREIRA, 2017, p. 91).

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Sobre o nexo causal, Venosa destaca:

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (VENOSA, 2017b, p. 500)

Prosseguindo com Venosa (2017b, p. 500), o caso fortuito e a força maior, por exemplo, excluem o nexo causal, vez que o cerceiam ou o interrompem. Inexistindo, pois, relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso, não há que se falar em obrigação de reparar o dano.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece a culpa, unicamente, na responsabilização civil decorrente de atos ilícitos, já que aquelas resultantes de atos lícitos dispensam a presença deste elemento; ou, em outras palavras, apenas quando se aplica a Teoria Subjetiva. Sobre a culpa, novamente Venosa agora disserta:

A culpa na esfera civil é entendida em sentido amplo. O descumprimento se verifica quer quando o agente simplesmente não deseja cumprir a obrigação, com o intuito precípua de prejudicar o credor, quer quando se porta com negligência, imprudência ou imperícia, que são circunstâncias da culpa em nosso direito penal (art. 18, II, do Código Penal). Ora, no campo das obrigações, o simples fato de o devedor não pagar no dia do vencimento já caracteriza inadimplemento culposo. Essa é a regra geral. (VENOSA, 2017b, p. 382)

Pereira (2017, p. 407) defende que o “[...] fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa”, embora reconheça que esta mostrou-se insuficiente para tutelar toda a gama de danos a serem ressarcidos, sendo também comprovado, no entender do autor, que, na grande maioria dos casos, o ato lesivo é causado por conduta antijurídica do agente, por negligência ou imprudência. Seguindo com o enfoque em torno do componente culpa aplicável à Teoria da Responsabilidade Civil, Pereira complementa:

Aceitando, embora, que a responsabilidade civil se construiu tradicionalmente sobre o conceito de culpa, o jurista moderno convenceu-se de que esta não satisfaz. Deixado à vítima o ônus da prova de que o ofensor procedeu antijuridicamente, a deficiência de meios, a desigualdade de fortuna, a própria organização social acaba por deixar larga cópia de danos descobertos e sem indenização. A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça. Foi preciso recorrer a outros meios técnicos, e aceitar, vencendo para isto resistências quotidianas, que em muitos casos o dano é reparável sem o fundamento da culpa. (PEREIRA, 2017, p. 407)

Acerca da imputabilidade, Nader (2016, p. 34) analisa que imputabilidade pressupõe liberdade, já que somente o ser livre deve responder pelos seus atos, sendo a liberdade aqui entendida como a compreensão da realidade e o poder de autodeterminação diante dos fatos.

E acrescenta o autor que imputável, sob o ponto de vista legal, é o indivíduo capaz de avaliar as circunstâncias e agir sem coação. Por isso, caracterizado o ato ilícito a que se refere o art. 186 do Código Civil, necessária a pesquisa da imputabilidade, ou seja, “da pessoa responsável pela reparação dos prejuízos” (NADER, 2016, p. 34).

Não há como negar que a obrigação de indenizar surge quando, entre a conduta e o dano, há um nexos causal, podendo ou não ser discutida a culpa, em sentido amplo. Com isso, averiguar se há ou não a obrigação de reparar o dano exige uma análise do caso concreto.

Conduzindo tais posicionamentos à problemática das limitações administrativas, prevalece a compreensão de que não há que se falar em indenização, na obrigação de reparar

supostos danos sofridos pelo proprietário do bem, dado que a limitação administrativa não transfere a propriedade do bem para o Poder Público. Significa dizer, de outro modo, que a posse, a propriedade e os direitos correlatos continuam em nome do proprietário.

Porém, há de se pensar que, não raras vezes, as limitações administrativas acarretam um esvaziamento econômico. Basta imaginar uma área de preservação permanente, que cria vários obstáculos ao proprietário do bem. Nada mais justo do que a indenização na proporção do prejuízo, considerando o esvaziamento econômico. Nesse contexto, acaso o proprietário demonstre o dano especial e peculiar, relacionando-o à instituição de limitação administrativa, deve ser indenizado.

Os principais marcos regulatórios infraconstitucionais sobre a matéria ambiental são: a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81), o Código Florestal (atualmente a Lei Federal nº 12.651/2012) e a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei Federal nº 9.985/00). Neles, encontramos imposições de limitações administrativas na seara das propriedades rurais, tais como: área de Preservação Permanente, Reserva Legal e Unidades de Conservação.

O Código Florestal, com origem em 1934, não comunicava, claramente, em seu texto um conceito legal para as áreas de preservação permanente, mas previa a proteção às florestas e às estruturas circundantes a essas, vitais para a manutenção de suas concepções originais.

O Código Florestal mantém como objetivo principal apresentar diretrizes à preservação das florestas e de outros ecossistemas naturais, responsáveis por assegurar o bem-estar da população humana. Esta lei é uma das mais importantes no que diz respeito à conservação dos bens ambientais, justamente por abranger a proteção de diversos recursos naturais como as áreas de floresta nativa, os recursos hídricos (rios, cursos d'água, nascentes, olhos d'água, lagos, lagoas e reservatórios naturais e artificiais) e o solo.

Nesse passo, entendendo que as áreas a serem devidamente protegidas poderiam estar ocupadas não apenas por florestas, a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 passou a utilizar a expressão Áreas de Preservação Permanente (APPs):

Art. 1º Os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, da Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965, passam a vigorar com as seguintes redações:

Art. 1º [...]

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Dessa feita, o Código Florestal, em seu art. 2º, determina as áreas de preservação permanente que, em razão de sua localização e pelas funções ambientais que exercem, não podem ser removidas:

- [...] a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
- 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
 - 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
 - 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
 - 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
- c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja, a vegetação. (BRASIL, 1965)

Somam-se às áreas anteriormente mencionadas outras áreas florestadas, descritas no art. 3º, designadas a:

- [...] a) atenuar a erosão das terras; b) fixar dunas; c) formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; e) manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; f) assegurar condições de bem-estar público, entre outras. (BRASIL, 1965)

Na ótica de Padilha, a área de preservação permanente:

[...] possui uma finalidade ecológica, que é preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. Portanto, sua manutenção e integridade estão diretamente correlacionadas com a função socioambiental da propriedade. (PADILHA, 2010, p. 331-332)

As APPs possuem importante função ambiental na manutenção dos recursos hídricos, na paisagem, na estabilidade geológica, na biodiversidade, no fluxo gênico de fauna

e flora e na proteção do solo. Como induz sua denominação, são áreas caracterizadas, de maneira geral, por sua intocabilidade, por serem locais sensíveis à erosão do solo, a assoreamentos, enchentes e deslizamentos.

Convém evidenciar que as normas legais sofrem contínuas alterações e, no caso específico da Lei nº 4.771/1965, algumas mudanças foram introduzidas pela Resolução CONAMA nº 302/2002, que versa sobre os parâmetros, as definições e os limites de APPs no entorno de reservatórios artificiais, e pela Resolução CONAMA nº 303, do mesmo ano, que trata dos limites das APPs (MILARÉ, 2004, p. 237).

Ainda sobre a regulamentação de APPs, consta a Resolução CONAMA nº 369/2006, que estabelece os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, nos quais o Poder Público pode autorizar a intervenção nestas áreas, bem como a Resolução CONAMA nº 425/2010, que versa sobre produção, intervenção e recuperação em APPs para atividades e empreendimentos agropecuários sustentáveis do agricultor familiar, empreendedor rural familiar e de povos e comunidades tradicionais de interesse social.

No entanto, o Código Florestal foi alterado também pela Lei nº 7.803/1989, que apresentou nova redação a alguns artigos, porém, com relação às APPs, mencionam-se as mudanças em várias alíneas do art. 2º, dentre as quais se destacam as novas faixas mínimas de mata ciliar que devem ser respeitadas de acordo com a largura do curso d'água e o raio mínimo de 50 metros ao redor de nascentes.

Quanto aos motivos que definem uma área como especialmente protegida, colhe-se a lição de Zanchet (2007, p. 196):

É, portanto, a sua localização o fator determinante para a sua caracterização como área protegida e não sua atual situação de desestabilidade funcional ocasionada pela intervenção do homem, devendo essas, necessariamente, de acordo com previsão constitucional que envolve a manutenção da função social da propriedade, serem devidamente restauradas. (ZANCHET, 2007, p. 196)

Cumprido ressaltar que, para o Código Florestal de 1965, são diversas as áreas consideradas como de preservação permanente, sendo o uso e a exploração ilegais apontados como uso nocivo da propriedade, visto que se constituem bens de interesse comum.

O Código Florestal foi revogado no ano de 2012 pela Lei nº 12.651, que, em seu art. 3º, inciso II, assim salienta:

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos

hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 2012)

E, em seu Capítulo II, Seção I, trata, especificamente, da delimitação das áreas de preservação permanente.

A reserva legal mencionada no Código Florestal, em seu art. 16, e alterada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, é definida como:

[...] área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas. (BRASIL, 1965)

A extensão da floresta que deve ser mantida, a título de reserva legal, varia consoante o ecossistema e a região em que se localizam a propriedade. As porcentagens mínimas são determinadas nos incisos do art. 16 do Código Florestal, redação dada pela mesma Medida Provisória antes mencionada.

A reserva legal foi instituída para prover a conservação ambiental, uma vez que foram sendo formados corredores ecológicos, unindo propriedades vizinhas. Para dar efetividade a essa função, o § 4º do art. 16 lista os critérios que devem ser verificados para que a localização da reserva legal seja aprovada.

[...] I - o plano de bacia hidrográfica;
II - o plano diretor municipal;
III - o Zoneamento Ecológico-Econômico;
IV - outras categorias de zoneamento ambientais; e
V - a proximidade com outra Reserva Legal, área de preservação permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida. (BRASIL, 1965)

Observe-se, ainda, quanto à regulamentação do Código, no que tange à reserva legal, é importante destacar que estas áreas, diferentemente do que acontece com as APPs, podem ser utilizadas de forma sustentável. Para isso, é preciso que o proprietário apresente um projeto de manejo florestal, elaborado por um profissional competente, que determine, entre outros parâmetros, a quantia e as espécies de árvores que serão cortadas, resguardando os processos ecológicos essenciais para manutenção do ecossistema. Padilha assim explica a reserva legal:

Trata-se de um limite imposto ao direito de propriedade uma vez que não pode ser suprimido, podendo apenas ser utilizado sob o regime de manejo florestal sustentável, assim sendo, o que se proíbe é a supressão da cobertura vegetal, inclusive o corte raso. Trata-se, assim, de importante instrumento jurídico de proteção à reserva florestal do País, que por sua vez, é elemento essencial para a manutenção do equilíbrio ecológico. (PADILHA, 2010, p. 343)

A Lei nº 9.985/2000 institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, que introduziu o conceito das Unidades de Conservação (UCs) nos seguintes termos:

[...] unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

As Unidades de Conservação são divididas em dois grupos: a) Unidades de Proteção Integral (UPI), compostas por 5 categorias: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre; e b) Unidades de Uso Sustentável (UUS), compostas por 7 categorias: Área de proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Florestal Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

As Unidades de Proteção Integral objetivam, basicamente, preservar a natureza, admitindo-se apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos na Lei nº 9.985/2000; já as Unidades de Uso Sustentável tencionam compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

Importante o Estado no caso da Lei Federal nº 9.985, de 2000, promover e garantir a efetivação da norma legal e tutela do bem jurídico protegido, não bastando a mera definição legal de unidades de conservação, sem a sua efetiva implementação.

Quanto à atual Constituição, apesar do lapso temporal entre esta e o Código Florestal Federal de 1965, ao que tudo indica, a definição de áreas e espaços a serem protegidos foi recepcionada pelo constituinte, já que, no art. 225, § 1º, incisos I a VII, fica autorizado ao legislador deliberar as áreas a serem protegidas.

Percebe-se, portanto, que a legislação ambiental foi sendo alterada ao longo dos tempos, buscando estabelecer limitações administrativas na propriedade privada, de modo a

assegurar o disposto no art. 225 da Constituição, que preconiza o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo.

Com relação à indenização, a doutrina estatui que a limitação administrativa é gratuita, isto é, sem direito a indenização. E Meirelles pondera:

A limitação administrativa é uma restrição pessoal, geral e **gratuita**, imposta genericamente pelo Poder Público ao exercício de direitos individuais, em benefício da coletividade. (MEIRELLES, 2016, p. 701) (grifo nosso)

No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado analisa:

As florestas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal, instituídas pelo próprio Código, tais são as suas características de generalidade, atingindo propriedades indeterminadas, devem ser incluídas com limitações administrativas. Entende-se, portanto, que as limitações contidas nas florestas de preservação permanente do art. 2º não são indenizáveis pelo Poder Público. Considerada na generalidade da obrigação de instituir reservas florestais, não cabe indenização ao proprietário por parte do Poder Público. A obrigação de instituir e manter a reserva não grava um proprietário somente, mas todas as propriedades rurais privadas. (MACHADO, 2016, p. 491-506)

Tal posicionamento doutrinário não reconhece o dano do particular da propriedade que sofre a limitação, apenas considera que a propriedade continua no domínio do particular, por isso não é necessário o pagamento de indenização. Num aparte, reputamos a necessidade de indenização nos casos de limitação administrativa que causam esvaziamento econômico da propriedade rural, desde que comprovada a existência de dano causado pelo Estado. Tal entendimento se dá pelas normas que regem a responsabilidade civil, devendo ser aferido diante do caso concreto.

Com relação aos parâmetros para elaboração do montante indenizatório, não foi possível, nesta pesquisa, encontrar algum vigente sendo usado, podendo-se recorrer, analogamente, aos critérios para fixação da servidão administrativa, pois não se opera a transferência de domínio, tampouco da posse, bem como do uso total do bem ao poder público (cabe indenização se a limitação acarretar realmente prejuízo). Vale ressaltar que a servidão administrativa não se confunde com a limitação administrativa: “Toda servidão limita a propriedade, mas nem toda limitação à propriedade implica a existência de servidão” (DI PIETRO, 2014, p. 157). A ABNT NBR 14653-3, Avaliação de bens Parte 3: Imóveis Rurais sopesa, com relação ao valor da indenização pela presença de servidão em propriedade rural:

10.10.2 Valor da indenização

O valor da indenização pela presença de servidão em propriedade rural, quando cabível, é o decorrente da restrição ao uso do imóvel afetado, que abrange o descrito em 10.10.2.1 a 10.10.2.4.

10.10.2.1 Prejuízo correspondente a uma porcentagem, explicada e justificada, do valor da terra, limitado ao seu valor de mercado.

10.10.2.2 Prejuízo correspondente ao valor presente da perda de rendimentos líquidos relativos às produções vegetais na área objeto da servidão. 10.10.2.3 Prejuízos relativos às construções, instalações, obras e trabalhos de melhoria das terras atingidas pela faixa de servidão, que devem ser avaliados com base em 10.2 e 10.7.

10.10.2.4 Outras perdas decorrentes na propriedade, quando comprovadas. (ABNT, 2004, p. 19)

A mesma regra também trata daquilo que o laudo de avaliação deve conter:

11.2 O laudo simplificado deve incluir:

- a) identificação da pessoa física ou jurídica e/ou seu representante legal que tenha solicitado o trabalho;
- b) objetivo da avaliação;
- c) roteiro de acesso ao imóvel avaliando;
- d) identificação e caracterização do bem avaliando (terras, produções vegetais, etc.);
- e) indicação do(s) método(s) utilizado(s), com justificativa da escolha;
- f) especificação da avaliação;
- g) data da vistoria, conclusão, resultado da avaliação e sua data de referência;
- h) qualificação legal completa e assinatura do(s) profissional(is) responsável(is) pela avaliação;
- i) local e data do laudo. (ABNT, 2004, p. 20)

Sendo assim, para fixar o valor de indenização, deve-se mensurar o prejuízo que, percentualmente, à área é afeta, tomando como supedâneo os valores da terra e da perda de rendimentos líquidos relativos às produções vegetais na área de objeto da limitação e, também, os prejuízos relativos às instalações, caso tais ocorram na área.

Superada a análise das questões afetas à responsabilidade civil e à obrigação de reparar os danos em decorrência de limitações administrativas e dos critérios para estabelecimento da indenização, faz-se necessário compreender essa abordagem à luz da jurisprudência, conforme será detalhado no próximo item.

3.4 A Limitação Administrativa na Propriedade Privada Rural à Luz da Jurisprudência

A limitação administrativa no direito de propriedade, mais especificamente na propriedade rural, é tema recorrente na jurisprudência brasileira, sendo diversas as questões

que fomentam discussões judiciais envolvendo tal conteúdo, revelando um judiciário convivendo, regularmente, com debates relacionados às limitações impostas em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da função social.

Diante desse panorama, e para concluir esta pesquisa, é indispensável uma análise da matéria à luz dos tribunais pátrios.

Várias decisões consultadas demonstram que a limitação administrativa ao direito de propriedade se encontra atinente, diretamente, às questões ambientais. Por ser o meio ambiente consagrado como direito fundamental na Constituição da República de 1988, que, em seu art. 225, dispõe que este se trata de bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo, por conseguinte, ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e as futuras gerações, resta a intervenção do Estado no direito de propriedade para preservar este bem jurídico.

Em parecer do Supremo Tribunal Federal, percebe-se a discussão quanto ao direito de indenização imposto à propriedade considerada de preservação ambiental, em virtude de limitação administrativa. Assim, encontra-se ementada a decisão em comento:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Área de cobertura vegetal. Limitação administrativa. Indenização devida. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as áreas referentes à cobertura vegetal e à preservação permanente devem ser indenizadas, não obstante a restrição ao direito de propriedade que possa incidir sobre todo o imóvel que venha a ser incluído em área de proteção ambiental. 2. Agravo regimental não provido. (STF, 2014a)

A questão foi levada à mais alta Corte do país em disputa que envolve o Estado de São Paulo, como agravante, e a Indústria de Isolantes Térmicos Calorisol, como agravada. Buscava o Estado de São Paulo fosse dado provimento ao Agravo Regimental para obstar o seguimento ao recurso extraordinário interposto.

Cumprido esclarecer que a agravada interpôs recurso de agravo de instrumento contra sentença que não admitiu o seguimento do recurso extraordinário, para discutir o fato de não ter sido reconhecido o direito à indenização por conta da criação de reserva florestal, limitação administrativa cominada pelo Estado ao direito de propriedade da agravada.

O Ministro Relator Dias Toffoli, ao analisar a problemática, ressaltou o fato de que o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a limitação administrativa instituída em razão da área de preservação permanente, a exemplo da criação de Reserva Florestal, deve ser indenizada.

Ainda segundo o Relator, a indenização, no caso em análise, se dá em função da garantia constitucional ao direito de propriedade, que culmina na plena indenização de matas e revestimentos florestais em áreas privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeita às restrições administrativas. Logo, o fato de o Estado dispor de competência para a criação de reservas florestais, por exemplo, ditando limitação administrativa ao direito de propriedade do particular, não lhe isenta do dever de indenizar, uma vez que resta afetada ou impedida a exploração econômica da propriedade.

Nesse contexto é que o órgão julgador preceituou a suspensão do recurso extraordinário para aguardar decisão a ser publicada em recurso semelhante (RE nº 267.817 SP), no qual foram interpostos embargos de divergência, para fundamentar a decisão enunciada no julgamento deste.

Com isso, a irresignação do agravante, o Estado de São Paulo, não prosperou, pois entendeu o STF que o recurso extraordinário reunia todos os requisitos necessários para conhecimento, apesar do julgamento se encontrar sobrestado para apreciação do tema em recurso semelhante, negando, assim, provimento ao agravo regimental por unanimidade.

Percebe-se, da análise desta decisão, que o ponto central da discussão é o direito de indenização por efeito da limitação administrativa imposta pelo Estado à propriedade privada, sendo que o órgão julgador ressaltou, repita-se, o posicionamento da Corte quanto ao direito de indenização ao particular.

Ainda no mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre matéria semelhante nos autos do Agravo de Instrumento nº 653062 SP, também julgado pela Primeira Turma e, igualmente, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, envolvendo o Estado de São Paulo e Antônio Carlos do Amaral Maia e outros.

Mais uma vez, o ponto central da discussão é o direito de indenização do particular que vê o seu direito de propriedade limitado pela limitação administrativa imposta para fins de instituição de Estação Ecológica, como se extrai da decisão ora colacionada:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Estação Ecológica de Jureia-Itatins. Área de cobertura vegetal. Limitação administrativa. Indenização devida. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as áreas referentes à cobertura vegetal e à preservação permanente devem ser indenizadas, não obstante a incidência de restrição ao direito de propriedade que possa incidir sobre todo o imóvel que venha a ser incluído em área de proteção ambiental. 2. Agravo regimental não provido. (STF, 2014b)

No ano de 2014, ao processar e julgar o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1440182 SP, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu a indenização em consequência da limitação administrativa imposta pelo Estado em propriedade particular.

Quanto às decisões do STF, Padilha salienta que, essencialmente, mantêm o fulcro na indenização:

Por sua vez, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de serem integralmente indenizáveis as matas e revestimentos vegetais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de desapropriação ou sujeitas a limitações administrativas, mesmo que integrantes de áreas de preservação permanente. (PADILHA, 2010, p. 340)

Já com relação ao STJ, acerca da limitação administrativa, esta se particulariza por se de cunho ambiental, em razão da criação do Parque Estadual da Serra do Mar:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE MERA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por intermédio do Decreto Estadual 10.251/1977, do Estado de São Paulo, não acrescentou nenhuma limitação às previamente estabelecidas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano etc), os quais, à época da edição do referido decreto, já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. 2. Inviável, portanto, a indenização da cobertura florística, por situar-se o imóvel em área de preservação permanente (Parque Estadual da Serra do Mar) e pela não comprovação de limitação administrativa mais extensa que as já existentes. Precedentes: REsp 442.774/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 20/6/2005 e AgRg no REsp 769.405/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 16/4/2010. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 2014b)

A agravante, Companhia City de Desenvolvimento e outro, interpôs recurso em face da agravada, Fazenda do Estado de São Paulo, pois não se conformou com a decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não ser possível indenização à custa de mera limitação administrativa por ausência de prejuízo ao particular.

Aqui, é importante um parêntese para ressaltar que a desapropriação indireta significa o apossamento, pelo Poder Público, sem autorização legal ou judicial. É, portanto, ato ilícito, abusivo e que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. E por haver apossamento, deve o particular ser indenizado. Desse modo, a desapropriação não pode ser confundida com a limitação administrativa.

Cunha (1997), ao perscrutar o desvirtuamento da limitação administrativa no caso em concreto, pela ocupação ou apossamento permanente da propriedade, vedando o uso, gozo e a livre disposição por parte do proprietário, preconiza ser devida a indenização, justa e em dinheiro, porque, de fato, configura um confisco, uma desapropriação indireta. E acrescenta o autor em pauta que, uma vez retirado do proprietário o valor econômico da propriedade, o que afeta sobremaneira o exercício deste direito, deve ser imposto ao Poder Público o dever de reparar os danos (CUNHA, 1997).

Voltando à análise do julgado, o Ministro Relator enfatizou em seu voto que a tese apresentada pelos agravantes encontra óbice na análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido de que a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por força do Decreto Estadual nº 10.251/1977, não engendrou limitações diversas daquelas previamente estabelecidas pela legislação federal, em especial o Código Florestal e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, que, mesmo antes de 1977, já vedava a utilização indiscriminada da propriedade naquele lugar.

Nessas condições, não há o que se falar em indenização daqueles que foram atingidos pela implantação do mencionado Parque Estadual, pois, de fato, já sofriam limitações quanto ao uso da propriedade privada, visto não ter ficado provado o esvaziamento econômico da propriedade (dano).

Igualmente, não se pode discorrer sobre expropriação indireta, dado que não resultou na perda da posse, mas, sim, em limitações ao uso da propriedade; ou seja, não houve transferência do bem para o Poder Público, até porque o direito de propriedade continuou sendo exclusivo dos poderes relativos ao imóvel em discussão.

Em outra oportunidade, o mesmo órgão julgador já havia se pronunciado quanto à não indenização em casos de limitação administrativa, **salvo se comprovado prejuízo ao proprietário do bem:**

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - RESTRIÇÃO AO USO DA PROPRIEDADE- ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPOSTA COM A EDIÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965 - PRESCRIÇÃO. 1. Sendo imposições de natureza genérica, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização, **salvo comprovado prejuízo**. 2. Se alguma perda sofreu o proprietário de terras situadas em área de preservação permanente, tal prejuízo remonta à edição da Lei 4.771/65, março inicial do prazo de prescrição. 3. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público. 4. Recurso especial não provido. (STJ, 2012) (grifo nosso)

A decisão foi expressa em Recurso Especial interposto contra acórdão proferido no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por estar o recorrente inconformado com o pronunciamento jurisdicional, porquanto clamava direito de indenização ao argumento de que se encontrava caracterizada a desapropriação indireta.

Referido órgão julgador apontou, ainda, que, por ter sido a limitação imposta pela entrada em vigor do Código Florestal, isso no ano de 1965, era afastada a indenização, pois foi prescrito o direito de pleiteá-la por não se tratar de prescrição vintenária, mas quinquenal.

A Ministra Relatora acrescentou que, se houve prejuízo, este remonta à edição do Código Florestal, marco inicial da regulamentação; isso posto, foi negado provimento ao recurso especial.

Em suma, sem o apossamento, por parte do Poder Público, do imóvel do particular, não se configura desapropriação indireta e eventual indenização será conferida com base nas restrições impostas pelo Estado; ambos os tribunais vêm possibilidade de indenização desde haja prejuízo econômico comprovado ao particular.

No que toca à prescrição para o requerimento da indenização decorrente de limitação administrativa ao direito de propriedade, é pacífico na jurisprudência o prazo de cinco anos, como se extrai de decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. CINCO ANOS. 1. Em relação às limitações administrativas, a ação indenizatória sujeita-se à prescrição quinquenal. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2013a)

A decisão ora transcrita consta nos autos do Agravo Regimental, no Agravo em Recurso Especial nº 97931 MG, recurso interposto por Emídio de Aguiar Paiva em desfavor da Cemig Distribuição S/A., tendo o órgão julgador negado provimento a este.

Anote-se que o agravante argumentou, em apertada síntese, que as restrições impostas pela agravada não esculpam mera limitação administrativa, mas desapropriação indireta, na hipótese de que a Cemig teria se apossado do imóvel ainda no ano de 1992, com fulcro na legislação ambiental, objetivando a implantação do reservatório artificial.

O Ministro Relator, Castro Meira, frisou, inicialmente, que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não havia decorrido o prazo prescricional para que o particular pleiteasse indenização em virtude dos danos causados pela construção do lago artificial da Usina de Ponte Nova/MG, determinando a prescrição vintenária, o que foi rechaçado pela agravada, defensora da prescrição quinquenal.

Tal questão é de natureza civil, não se submetendo, por conseguinte, aos princípios que regem o Direito Tributário. Assim, por ser disposta pelo Direito Civil, a prescrição é quinquenal, até mesmo porque as limitações administrativas não esvaziam o conteúdo econômico do direito de propriedade.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no ano de 2014, nos autos do Agravo Regimental em Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 382944 MG, considerou, também, a natureza da ação para pleitear indenização e o prazo prescricional, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A.
 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURAÇÃO.
 NECESSIDADE DO EFETIVO DE APOSSAMENTO E DA
 IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. NORMAS AMBIENTAIS.
 LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. Esvaziamento econômico da
 propriedade. Ação de direito pessoal. Prescrição
 QUINQUENAL. 1. Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo
 apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições
 ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que
 esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta.
 2. O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da
 propriedade é a limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser
 indenizados por meio de ação de direito pessoal, e não de direito real, como
 é o caso da ação em face de desapropriação indireta. 3. Assim, ainda que
 tenha havido danos ao agravante, diante de eventual esvaziamento
 econômico de propriedade, deve ser indenizado pelo Estado, por meio de
 ação de direito pessoal, cujo prazo prescricional é de 5 anos, nos termos do
 art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.365 /41. Agravo regimental
 improvido. (BRASIL, 2014c)

De relatoria do Ministro Humberto Martins, restou assentado, na decisão supracitada, que somente há desapropriação indireta se houver, por parte do Poder Público, o apossamento efetivo da propriedade. Logo, mesmo havendo esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, em decorrência da imposição de normas ambientais, não há que se falar em desapropriação. Também assentou o órgão julgador que a natureza da ação é pessoal e não de direito real, o que ocorreria no caso de desapropriação indireta do bem.

Finaliza o órgão julgador destacando que a prescrição para pleitear eventual indenização é de cinco anos, nos termos do art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que assim dispõe:

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

[...]

Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

A agravante Verônica Rezende de Almeida levou a questão à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, argumentando que as limitações administrativas impostas pela Cemig em sua propriedade geraram danos, fazendo jus, por conseguinte, à indenização.

O fato gerador dos danos na propriedade da agravada, conforme se extrai da análise do relatório, decorreram do lago artificial para a usina hidroelétrica de Ponte Nova/MG, cuja área em seu entorno foi considerada de preservação permanente, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não reconheceu os argumentos, seja quanto à desapropriação indireta, seja quanto à prescrição vintenária.

Ressaltou o Ministro Relator, em seu voto, que não se pode apreciar em termos de apossamento por parte da Cemig, pois não houve transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante, mediante integral indenização. Por isso, a necessidade de se distinguir, reiteradamente, a desapropriação da limitação administrativa, uma vez que aquela impõe indenização integral, enquanto esta gera apenas restrições ao uso da propriedade, sem indenização, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

E o Ministro ainda cita:

Limitações administrativas são, por exemplo, a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de desmatamento de área florestada atingir a maior parte da propriedade ou sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. 35ª ed., págs. 645/646). [...] Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não constituem desapropriação indireta. (BRASIL, 2014c)

Assim, embasado nos argumentos expostos, o órgão julgador negou provimento ao agravo regimental.

Em relação, especificamente, à prescrição, o Superior Tribunal de Justiça já havia se pronunciado anteriormente, no ano de 2013, ressaltando tratar-se de prescrição quinquenal e enfatizando os fundamentos legais deste prazo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DECRETO 750/93. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. PRECEDENTES. 1. O aresto embargado, ao tratar a hipótese como ação de indenização por

desapropriação indireta, induzido pelos termos do acórdão recorrido, incorreu em erro passível de correção em sede de embargos de declaração. 2. A ação que busca a reparação de danos causados pela imposição de limitação administrativa está sujeita à prescrição quinquenal, seja em função do disposto no art. 1º do Decreto 20.910 /32, seja em razão da inovação legislativa trazida pela MP 2.183-56, de 2001, que acrescentou o parágrafo único no art. 10 do Decreto-Lei 3.365 /41. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (BRASIL, 2013b)

À vista disso, considerando que a ação pleiteando indenização somente foi proposta no ano de 2006, embora o fato tenha ocorrido em 1993, a pretensão dos autores se encontrava prescrita, conduzindo à denegação do agravo em comento.

Percebe-se, portanto, que há, na jurisprudência, consenso quanto ao dever do Poder Público de indenizar o proprietário em caso de limitação administrativa, desde que comprovado prejuízo, de modo que tal não suporte sozinho o dano.

Outro ponto identificado é a confusão entre os institutos da limitação administrativa e a desapropriação indireta, prática esta ilegal, mas que, se configurada, gera o dever de indenizar em dinheiro e o valor total do bem tomado pelo Poder Público.

E no âmbito jurisprudencial, resta evidente posicionamento dos tribunais superiores acerca do dever de indenizar quando a limitação administrativa cause algum tipo esvaziamento econômico da propriedade, ao que concordamos com o posicionamento e seus fundamentos adotados pela jurisprudência pátria dos tribunais superiores.

Por fim, quanto à prescrição, a doutrina é unânime que, por se tratar de ação de natureza pessoal, a prescrição é quinquenal, entendimento com que, identicamente, concordamos em sua totalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, as análises empreendidas dedicaram-se a compreender as questões afetas aos limites do direito de propriedade que decorrem da limitação administrativa, partindo da premissa de que, na atualidade, o direito de propriedade não é absoluto, devendo ser exercido em atendimento à função social e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal de 1988 encerra tratamento especial ao meio ambiente, de caráter difuso, isto é, um direito dever da sociedade e um princípio para garantir qualidade de vida às futuras gerações. Com isso, em se tratando das propriedades particulares – e, para este trabalho, especialmente aquelas rurais – passaram a ser adotados critérios para sua utilização dentro de parâmetros de preservação ambiental; dessa feita, nos dias de hoje, as propriedades rurais têm como objetivo a sustentabilidade, de modo a conciliar a manutenção do potencial produtivo e a conservação ambiental.

O estudo contextualizou, historicamente, a posse e a propriedade, mediante análise histórica evolutiva. Para tanto, abordou-se ali a posse a partir de estudo histórico, sem prejuízo analítico conceitual. E, buscando distinguir a posse da propriedade, apresentaram-se, também, os aspectos da propriedade, constatou-se que a limitação administrativa é de primordial importância porque, dependendo da destinação dada à propriedade, ela receberá um tratamento diferenciado, consoante a CF/88.

Apurou-se, ainda, que a propriedade não é mais absoluta como outrora, sendo necessário que sua utilização obedeça a normas de caráter público e que esta cumpra sua função social e diligente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; tal consolidação decorre de que os bens particulares não podem ser utilizados pelo proprietário sem a observância das normas que circundam seu direito.

Verificada essa relativização, a propriedade individual molda-se aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que inserem, no sistema jurídico brasileiro, uma nova lógica voltada ao ser humano e não mais ao patrimônio. O proprietário se sujeita a esse novo contorno, que abre espaço para que o instituto das limitações administrativas seja ferramenta para implementar a função socioambiental da propriedade, a fim de possibilitar o mínimo existencial.

Preocupou-se, igualmente, com a análise do direito de propriedade enquanto direito fundamental, ressaltando a importância da propriedade na atual ordem constitucional, embora não se conceba tal direito como ilimitado, pois, havendo conflitos, deve ser buscada a melhor solução; e, no caso do direito de propriedade, deve-se atentar para o interesse público, o coletivo.

Abordamos a função social da propriedade privada, desde a análise histórica do instituto, traçando considerações sobre o tema no Código Civil de 1916 e de 2002, sem ignorar a evolução do instituto nas Constituições brasileiras, que culminou na constitucionalização do princípio da função social da propriedade na Constituição Federal de 1988. O meio ambiente ecologicamente equilibrado também foi alvo de estudos desde seu advento na Declaração de Estocolmo de 1972 até a CF/88, que o elevou à condição de direito fundamental em seu art. 225.

Foram destacadas, brevemente, as possibilidades de intervenção estatal no direito de propriedade privada urbana, por efeito do interesse público, pois, como observado, havendo conflitos entre o direito de propriedade e o interesse público, este deve ser considerado, até mesmo porque a propriedade privada, seja ela urbana ou rural, na hodierna ordem constitucional, deve atender à sua função social e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Adentrou-se, pois, à análise do Estado Regulador, que, por seu turno, derivou da necessidade do Estado de afastar-se de algumas questões, principalmente aquelas de cunho econômico, dada a ineficácia do modelo que preconizava o dever de o Estado cuidar de uma imensidão de questões.

Logo, o Estado Regulador resultou da urgência de menor intervenção do Estado na seara econômica e, principalmente, da busca da efetividade. A complexidade social e econômica, no contexto recente, é abrangente, por isso, acredita-se não ser possível uma ordem econômica sem qualquer atuação estatal; antes, a mínima possível e jamais se desvirtuando aos interesses da classe política em detrimento da sociedade. O Estado não deve ter a função de desenvolver atividade econômica, apenas direcionar e prover segurança para o desenvolvimento pleno da ordem econômica e conseqüentemente à sociedade.

Nesse cenário é que ganha relevância os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público; constatou-se que ao Poder Público, ao contrário do particular, é vedado fazer aquilo que a lei não autoriza. Diante disso, toda ingerência do Estado quando não há determinação legal é arbitrária, do mesmo modo que a omissão, quando há determinação para agir, é assimilada como ilegal.

Também se averiguaram, os atos administrativos, já que são estes que exteriorizam a vontade do Estado, motivo pelo qual devem observar seus aspectos, requisitos legais e atributos, sob pena de anulabilidade ou nulidade.

Analisou-se as limitações administrativas, fundamentada na possibilidade de o Estado impor ao particular restrições, limites ao direito de propriedade, sem, contudo, tomar posse do bem ou transferir a titularidade da propriedade. Conclui-se que, na limitação administrativa, o proprietário vê os atributos do direito de propriedade mitigados, mas tais não podem ser afastados, sob pena de ilegalidade.

Abordou-se, então, a reparação civil e o dever de indenizar, arrazoando acerca da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, quando se constatou a necessidade de demonstração do dano, bem como a relação deste com a conduta, o que se denomina nexa causal. Ademais, ponderou que, nas hipóteses em que a legislação não consagra a responsabilização civil objetiva, integra-se a análise do elemento “culpa”, aqui compreendida em sentido amplo.

Na questão das propriedades rurais, enquanto limitações administrativas instituídas, são contemplados os casos: área de Preservação Permanente, Reserva Legal e Unidades de Conservação, em que a limitação imposta pela legislação ambiental busca preservar o interesse coletivo, por isso as limitações administrativas se distinguem de institutos como a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, o tombamento e a desapropriação. Nesta última, por exemplo, há a perda do direito de propriedade para o Estado, devendo este indenizar o particular.

A limitação administrativa que, efetivamente, restringe o direito de propriedade privada rural imóvel pode ser considerada um meio legal importante para preservação da função socioambiental. Ocorre que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever de todos, destarte o ônus decorrente dessas limitações deveria ser compartilhado entre o Estado e a sociedade.

Do conteúdo apresentando, é possível depreender que, no decorrer de todo o trabalho, o posicionamento doutrinário não reconhece o dano ao proprietário particular de imóvel rural que vivencia a limitação administrativa, por que compreende que, não ocorrendo a transferência do imóvel, o particular continua com o domínio e deve suportar os prejuízos em favor da sociedade, não vendo, assim, a possibilidade de compensação via indenização.

Percebe-se, por outro lado, que, na jurisprudência apresentada, existe o entendimento de que Poder Público tem o dever de indenizar o proprietário em caso de limitação administrativa, desde que seja comprovado o dano.

Outro ponto identificado está na confusão entre os institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta, prática esta ilegal, mas que, se configurada, gera o dever de indenizar em dinheiro o valor total do bem tomado pelo Poder Público.

Já acerca do prazo prescricional para pleitear a reparação civil dos danos, é pacífico a apreensão de que este é quinquenal, uma vez que se trata de ação de natureza pessoal.

Acredita-se, finalmente, que não há como negar que o direito de propriedade, na atual ordem constitucional, pode, sim, sofrer limitações, em decorrência tanto da inobservância do princípio da função social da propriedade quanto da necessidade de que a propriedade busque assegurar a prevalência do interesse público sobre o privado e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por derradeiro, embora a maior parte da doutrina não repute a indenização ao proprietário que sofra limitação administrativa em nenhuma hipótese, distingue-se, no âmbito jurisprudencial, um posicionamento mais sensato, de que, havendo o esvaziamento econômico da propriedade, deve o ente público indenizar. Concordamos com a análise e os fundamentos adotados pela jurisprudência pátria dos tribunais superiores e sugerimos novas pesquisas para fortalecer tal convicção e modificar, assim, a doutrina pátria.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. II. II. v. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ABNT. **NBR 14653-3. Avaliação de bens Parte 3: Imóveis rurais**. 1. ed. 31 mai. 2004. Disponível em: <<http://bittarpericias.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Avaliacao-Bens-Imoveis-Rurais-Procedimentos-Gerias-NBR-14653-3.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**: Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 mar. 2017.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**: Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 mar. 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/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965**: Instituiu o novo Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm#art44b>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. **O imposto territorial rural e a função social da propriedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. e 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CHALHUB, Melhim Namen. **Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Limitação administrativa, desapropriação indireta, indenização*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 2017, 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46952>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEBS, Newman. *Aquisição e perda da propriedade - usucapião: roupage dada pelo Novo Código Civil*. **Revista dos Tribunais**, ano 92, v. 811, maio de 2003.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. **DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO**. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. Esp. POSADA, Carlos G. 2. ed. Madrid: Beltran, 1920.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**, v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas**. v. 5, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia: políticas públicas e sentença por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014.

LEVORATO, Danielle Mastelari. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, In: **Revista em Tempo**, Marília, v. 5, p. 65-80, ago. 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo Civil e Outros Escritos**. Introdução de J.W. Gough; Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *O Mínimo Existencial e a reserva do possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora de um substancialismo mitigado*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza/CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros: 2016.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **A questão jurídico-social da propriedade e de sua perda pela desapropriação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MATTOS, Liana Portilho. Limitações Urbanísticas à Propriedade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Adriano de Oliveira; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. *Por uma educação para sustentabilidade*. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, p. 61-78, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. *Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional*. **Revista dos Tribunais**, v. 860, p. 91-133, jun. 2007 DTR\2007\369, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTEIRO Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1976.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 7. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

NEVES, Rodrigo Santos. *O Estado Regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 44, p. 209-223, jul./set. 2003.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Instituições de direito civil: direitos reais: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição**. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2006.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Buenos Aires: Tecnos, 1999.

POZZOLI, Lafayette. *Direito como função promocional da pessoa humana*. **Revista Em Tempo**, Marília/SP, v.2, n.1, p. 62-67, ago. 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Antônio de Pádua Danesi, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. **Avaliação Institucional e Projeto Pedagógico: articulação imprescindível**. 1. ed. São Paulo: Letras do Pensamento, 2011.

SILVA, Fabiana Pacheco de Souza; COSTA, Beatriz Souza. *Construção em área de preservação permanente e desrespeito a princípios ambientais na sociedade de risco: apontamentos ao recurso especial n. 1.245.149/MS*. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/SP, n. 23, p. 233- 251, jul./2015-jan./2016.

SILVA, Marcelo Rodrigues da; GOMES, Edilson Francisco; COSTA, Ilton Garcia da. *Regulação e Agências Reguladoras*. COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza (Orgs.). **Agências Reguladoras como fator de inclusão social**. 1 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1233257 PR**, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 16 out. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22642857/recurso-especial-resp-1233257-pr-2011-0020176-7-stj>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 97931 MG**, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julg. 16 abr. 2013. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23319761/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-97931-mg-2011-0228869-8-stj/inteiro-teor-23319762?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1440182 SP**, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julg. 16 out. 2014. 2014b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153369580/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-aresp-1440182-sp-2012-0131166-9?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Agravo Regimental nos embargos Declaratórios nº 457837 MG**, Relator Ministro Humberto Martins, julg. 15 maio 2014. 2014c. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25086718/agravo-regimental-nos-embargos-de>>

declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-457837-mg-2013-0422800-0-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 maio 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 639590 SP**, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 11 nov. 2014. 2014a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339228/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-639590-sp-stf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Agravo de Instrumento nº 653062 SP**, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, publ. 19 dez 2014. 2014b. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339225/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-653062-sp-stf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Agravo de Instrumento nº 3540 MC**, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, publ. 03 fev 2005. 2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094348&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, v. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de direito civil**. Volume Único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. v. 5. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017a.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017b.

VOLPATO, Elaine Cristina Francisco. *Os mitos e a propriedade privada da terra*. **Revista em Tempo**, Marília/SP, v. 7, p. 90-103, dez./2008.

WALD, Arnaldo. **Direito das coisas**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANCHET, Rovená. Áreas de preservação permanente: um desabafo quanto à sua abrangência, sua resistência junto ao meio urbano e um estudo de caso envolvendo o parcelamento do solo para instalação de loteamento. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 12, n. 48, p. 192-224, out.-dez./2007.

ANEXO I

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja

observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)