

BENS PÚBLICOS: A DISPONIBILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS À SUA EFETIVA FUNÇÃO SOCIAL

Patrícia Silva de Almeida*¹

RESUMO

O presente trabalho, vinculado ao Curso Preparatório da Escola de Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, apresenta por escopo análise acerca da possibilidade jurídica de disponibilização as terras públicas devolutas e enfiteuses à sua precípua função social, nos moldes como disposta outrora e repensadas pelo texto Constitucional. A compreensão quanto a sua devida funcionalização social passa pela viabilidade de pactuação de contratos de arrendamento ou concessão real de uso entre o Estado e os agricultores. Sustenta-se, por objetivo ser necessária essa sistematização, como o retorno dos bens públicos dominicais à comunidade como forma de abertura de maior solidariedade e real vetor de democracia social.

Palavras-chave: Bem Público; Bem Público Dominical; Função Social dos Bens Públicos; Terras Devolutas; Enfiteuses.

INTRODUÇÃO

Existem reflexões no círculo jurídico a respeito da viabilidade de disponibilização das terras devolutas a sua efetiva função social, por intermédio da modalidade de usucapião, segundo faz constar do posicionamento de Juarez Freitas em 1994, que lança um novo olhar acerca da definição de bem público, entendimento esse que se consagra com uma nova interpretação a respeito do regime jurídico dos bens públicos, em especial, os dominicais.

É notório, a Constituição Federal de 1988 consagrou legalmente o reconhecimento a não prescritibilidade do bem de natureza pública. O alcance do sendo real da norma ínsita nos artigos 183, § 3º e reafirmada, no artigo 191, § único, visam assegurar a devida proteção frente às inúmeras pretensões de reconhecimento de prescrição aquisitiva de tais bens. No entanto, ainda que assente a imprescritibilidade de tais bens, a questão merece um novo enfoque em face da realidade social dispare a genérica disposição trazida pela norma constitucional.

* Advogada Militante. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do RS (ESMAFE/RS). Trabalho sob orientação do Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini. Integrante do Grupo de Pesquisa Prismas de Direito Civil-Constitucional filiada a CAPES. Endereço: Av. Wenceslau Escobar, 3096/303, Porto Alegre – RS, CEP: 91900-000. Endereço Eletrônico: jpalmeida@via-rs.com.br.

Neste contexto, nada mais oportuno investigar qual a solução apontada pelo sistema jurídico pátrio, que venha apresentar a devida legitimação à referida demanda social, por intermédio de um processo hermenêutico de viés constitucionalista, perspectiva sob a qual se desenvolve o presente trabalho.

Sendo assim, com o intuito de compreender a conceitualização dos bens públicos, procura-se abordar o tradicional conceito trazido pelo direito administrativo, bem assim, a classificação disposta pelo Código Civil Brasileiro - CCB. Em outras palavras, esta apreensão advinda do pensamento privatista, da fragmentalidade entre bens de natureza pública e bens privados, dispõe a nítida classificação exposta no art. 98 do respectivo diploma, repisando ser, *res publica* todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Ademais, no que tange a atual classificação, inserido no referido tópico, descreve-se os institutos da enfiteuse e terras devolutas como subespécies de bens públicos do gênero dominical.

Dessa forma, tendo em vista a referida tipologia aponta-se para “*A questão de imprescritibilidade do bem público: um paralelo entre enfiteuses e terras devolutas*” trata da questão da formação da idéia de imprescritibilidade no sistema jurídico atual, um sistema, que nas devidas proporções, guarda a idéia de efetiva proteção especial ao bem público, calcado em um discurso adequado a garantir a máxima segurança jurídica.

Contudo, o sistema precisa ser revisitado. Com o advento da Constituição Federal de 1988 que estabeleceu por princípio fundante a Dignidade da Pessoa Humana, como um dos fins do Estado Social e Democrático de Direito, sendo que o texto constitucional vem consagrar o princípio da função social da propriedade como um direito fundamental, a ser aplicado a todos indiferente do bem imóvel de seja este de natureza privada ou pública.

Nesta senda, defende-se a possibilidade de dispor o domínio patrimonial estatal, gize-se, cingindo a disponibilização aos bens dominicais, a sua permanente funcionalização, *ad exemplum*, a realização de contratos de arrendamento ou de concessão real de uso as famílias de agricultores, como forma de concretizar a sonhada reforma agrária. Logo, procura-se destacar a visão doutrinária, em especial do civilista Ricardo Aronne sobre a discussão acerca da enfiteuse e a usucapião do seu domínio útil, perfazendo o caminho do direito romano, assim como, a visão da usucapião de bens dominicais, em processo dinâmico-social, como defende Juarez Freitas.

Por este motivo, como se pode perceber, este trabalho discorre sobre a inexistência de uma vedação jurídica consistente que venha impossibilitar o acesso ou quebra da indisponibilidade de bens públicos a particulares.

Por fim, “*Da disponibilização dos bens públicos dominicais ao cumprimento de sua efetiva função social*” destaca-se a visão doutrinária, em especial da administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro sobre a discussão acerca da disponibilidade do bem público a sua devida função social, por aproximação da questão da função social atribuída diretamente pelo texto constitucional à propriedade privada. Feitas tais considerações, passa-se a abordagem sugerida.

2 DA CONCEITUALIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Num primeiro momento, se faz necessário, ainda que em breves linhas, apontar a classificação da temática “bens públicos”, como é sabido, encontra-se aprofundada na esfera do direito administrativo, no entanto, sua conceituação, se aloja dentro da codificação privada.² O entendimento que se tem sobre bens públicos corresponde ao conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas, móveis, imóveis e semoventes de que o Estado precisa para desempenhar a sua precípua finalidade, ou seja, o atendimento dos anseios e o bem-estar da coletividade.

De forma genérica, alega-se: é toda a espécie de bem, que esteja sobre o domínio do Estado, sendo que a soberania territorial do Estado está intimamente ligada à idéia do que venha ser bem público – domínio do estado, todavia, em razão do princípio estruturante Estado Social e Democrático de Direito, tem-se o cumprimento de suas funções, das competências impostas pela norma constitucional, não tendo por assim dizer, um domínio irrestrito sobre todos os seus bens.

Desse modo, nesta linha de raciocínio, temos Maria Sylvia di Pietro ao denominar “Bens públicos é aquele que por determinação legal ou por sua própria natureza, pode ser utilizado por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.”³

O Código Civil revogado especificava, taxionomicamente, quais eram os bens de natureza pública, passando o entendimento que bens privados comportariam todos os residuais. Apregoava o art. 65 que públicos seriam todos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou os Municípios, e que todos os outros eram particulares, seja qual for a quem pertencerem.

²No Código Civil de 1916 a disciplina encontrava-se nos arts. 65 a 69, à medida que na atual codificação a matéria se encontra nos arts. 98 a 103.

³Maria Sylvia Zanella di Pietro *in* **Direito administrativo**, p. 427.

No entanto, a noção de bens públicos no atual Código Civil, como dispõe Carvalho Filho não se ajustou a amplitude da concepção “domínio público.”⁴ Não obstante a classificação, o entendimento do código privatista merece ressalvas, segundo preleciona Maffini,⁵ visto que não se refere aos bens do Distrito Federal, bem como, a ausência de referência em relação aos bens pertencentes às pessoas jurídicas que fazem parte a Administração Pública Indireta, as quais possuem personalidade jurídica própria, não devendo ser confundidas com as pessoas elencadas no supramencionado dispositivo legal.

Ocorre que, a doutrina majoritária,⁶ posicionou-se a respeito do assunto direcionando-se a acatar a proposta conceitual do legislador, não revelando com precisão a correspondente interpretação do artigo. Entretanto, aos olhos de Carvalho Filho⁷ e Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸ a qualificação atribuída pelo legislador aos bens públicos contempla não apenas os entes da federação mas, inclui também, os entes administrativos, no caso as autarquias e fundações públicas. Por conseguinte, o entendimento do art. 98 do CCB reserva a qualidade de bem privado, sendo todo aquele bem que não ligados ao domínio público interno.

Além do mais, digno de ressaltar visto a importância atribuída pelo doutrinador, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da qualificação de bens públicos atrelado ao jaez prestacional de serviço (tido como público) realizado por empresas que detenham verbas estatais, bem como, as empresas delegatárias de serviços públicos.

No entanto, restou superada a questão no que tange da natureza dos bens pertencentes a empresas públicas e sociedades de economia mista,⁹ que eram por assim dizer bens públicos segundo a atividade exercida, efetivamente bens privados. Neste diapasão, leciona Diógenes Gasparini¹⁰ que apenas de forma ampla, seria possível considerar esta categoria de bens como públicos, visto que as atividades exercidas por tais empresas são de natureza privada. Dada a sua destinação especial a organizações de personalidade privada e sua administração nos moldes privados, os bens das entidades paraestatais prestasse a oneração como garantia real e penhora de bens nas execuções judiciais, bem como sofrem a alienação conforme sua

⁴Ver artigo de José dos Santos Carvalho Filho in *Os bens públicos no novo código civil*. Disponível em: < www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.html.> Acessado em: 01.03.2010.

⁵Nas palavras de Rafael Maffini: “... tais omissões apresentam-se justificadas visto que a época do código revogado inexistia a figura do Distrito Federal, bem como da Administração Pública Indireta nos moldes atuais.” In **Direito Administrativo**, p. 183.

⁶Direciona-se a doutrina que os bens públicos são aqueles pertencentes à Administração, seja ela estatal, autárquica, fundacional ou paraestatal. Neste sentido segue o pensar de Maria Sylvia Zanella di Pietro in **Direito administrativo**, p. 372 e Hely Lopes Meirelles in **Direito administrativo brasileiro**, p. 428.

⁷Cristiano Carvalho Filho in **Manual de direito administrativo**, p. 871.

⁸Celso Antônio Bandeira de Mello in **Curso de direito administrativo**, p. 768.

⁹O STF já se posicionou a respeito do assunto, nos julgados MS 23.627-DF e MS 23.875-DF, manifestando serem bens privados.

¹⁰Diógenes Gasparini in **Direito administrativo**, p. 471.

disposição estatutária, nos moldes da lei. Contudo, não se deve esquecer, seguem tais bens a normas do regime jurídico dos bens públicos, em especial quanto à sua imprescritibilidade por usucapião, visto que se desafetados dos fins especiais, retornam ao patrimônio das respectivas entidades.

Desse modo, retomando, segundo faz constar o conceito estabelecido pelo código civil ao se referir se um bem é público, faz-se necessário procurar a definição acerca de seu domínio jurídico, pois, somente assim saberemos à qual legislação estará o bem subordinado: se público ou privado. Desse modo, dispõe Marçal Justen Filho que “não existe um regime jurídico único, aplicável a todos os bens públicos e acrescenta que o que existe são variáveis em vista das características dos bens e das finalidades a que se destinam a satisfazer.”¹¹ Logo, para se compreender a conceituação deve-se partir da idéia de sua finalidade.

Enfim, de modo sucinto, passa-se a analisar a tripartição das categorias, aspecto importante à reafirmação da questão do domínio público.¹²

2.1 Da tipologia dos bens públicos

Segundo precedentes históricos, a institucionalização de uma divisão tripartite, de interesse instrumental quanto à destinação do bem público (afetação/desafetação), surgiu de modo a distingui-los segundo valores de seu uso e costumes – comuns, especiais e dominicais -, sendo atribuído a esses últimos, classificação tanto como objeto de direito real, como de direito pessoal. Assim, nos moldes do antigo código civil, especificamente os dominicais, tão-só perderiam a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos que a lei prescrever.

Nesse passo, efetivamente, o novo código civil manteve a inaugural tipologia dos bens de natureza pública, incluindo como espécie de bem de natureza dominical, os bens que venham a formar o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público equiparando-os aos bens privados por necessária flexibilidade, em adequar a sua melhor função econômico-social restada.

Ademais, sopesou-se a linear fronteira entre o público e o privado atribuindo um caráter obrigacional na titulação real proprietária, em decorrência de um vasto alargamento das privatizações.

No que tange a classificação do CCB, o art. 99 do CCB descreve três categorias de bens públicos, os de uso comuns do povo, os de uso especial e os de classificados como dominicais, a tal classificação poderia ser acrescentar uma quarta categoria, ou seja, na linha

¹¹Marçal Justen Filho *in* **Curso de Direito Administrativo**, p. 704.

¹²Por domínio público compreende-se a totalidade de bens públicos, móveis ou imóveis.

de pensar de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹³ os bens particulares que possuem destinação pública, na medida em que haveria, temporariamente, uma transferência de domínio útil à administração pública.

Os bens de uso comum do povo, pertencentes à pessoa jurídica de direito público interno, são todos aqueles bens de utilização concorrente de toda a comunidade, de uso sem quaisquer restrições e podendo ter forma gratuita ou onerosa, sem a devida permissão especial (*uti universi*). obsta informar, o respeito às condições impostas à existência de regulamentos administrativos, a citar, por exemplo, a Lei nº. 7.661/88.¹⁴ Igualmente, nada obsta o impedimento por parte da Administração por questões de ordem pública ou por garantia a segurança nacional.

No tocante aos bens de uso especial, a análise parte da idéia de “afetação”¹⁵ a um serviço ou estabelecimento público. Ademais, a sua utilização passa por restrições quanto ao uso livremente pela comunidade, comportando as seguintes espécies, conforme preleciona Maffini:

- “(b.1) os bens administrativos, ou seja, aqueles afetados ao desempenho da função estatal de administração pública, que poderão ter restrições relacionadas com o serviço (ex. prédios públicos);
- (b.2) os bens portadores de alguma restrição extraordinária (ex. parque cercado, com horário de visitação) e;
- (b.3) os bens utilizados por particulares com privatividade (ex. *uti singoli*).”¹⁶

Por fim, têm-se os bens dominicais, a citar as enfiteuses e terras devolutas, objetos de nosso estudo, como representativo do patrimônio disponível do Estado (natureza de direito real ou pessoal), em razão de não estarem destinados (desafetados),¹⁷ sendo assim, por exclusão, nem de uso comum como de uso especial. A singularidade deste tipo de bem, passa pela noção da possibilidade de alienação, imprópria para as demais categorias, conforme

¹³Celso Antônio Bandeira de Mello, *loc. cit.*, p.770.

¹⁴Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

¹⁵Segundo Marcus Vínicus Corrêa Bittencourt: “afetar é conferir uma destinação pública a um determinado bem, caracterizando-o como bem de uso comum do povo ou bem de uso especial, por meio de lei ou ato administrativo.” *Manual de Direito Administrativo*, p. 263.

¹⁶Rafael Maffini, *loc. cit.*, p. 188.

¹⁷Normalmente, quando nos referimos ao um processo de desafetação, depreende-se a retirada de um bem de uso comum ou especial do acervo público para a categoria de bens dominicais, a qual permite a possibilidade de alienação, desde que seja por meio de lei. Conhecido também como sinônimo de trespasse, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *loc. cit.*, p. 769.

exposto no art.101 do CCB, desde que observados os ditames legais.¹⁸ Portanto, tais bens compõe o chamado patrimônio disponível do Estado (segundo a doutrina de classificação italiana a qual baseia-se no critério da natureza patrimonial do bem), segundo dispõe o art. 807, do Regulamento da Contabilidade Pública.¹⁹

Insta, ressaltar, que toda e qualquer entidade pública pode ter bens patrimoniais disponíveis, ou seja, dentro de seu acervo faz constar alguns bens não afetados ao povo em geral, muito menos, empregados nas atividades públicas, os quais mesmo não estando desafetados permanecem à plena disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.

2.2 Das Enfiteuses e das Terras Devolutas como subespécie de bens públicos

O instituto da enfiteuse,²⁰ conforme o nosso ordenamento jurídico pátrio, vem sendo analogamente referenciado como sendo o atual direito de superfície,²¹ apesar de extinto na nova disciplina civil, o art. 1.225 remanesce, proibidas que estão as novas formações instituintes desse antigo regime. Todavia, devidas propriedades atuais têm garantido sua permanência até extinção das já constituídas o direito de então, com fulcro no art. 5º, incisos XXV e XXVI da Constituição Federal.

Contudo, há no mais, fato social exigente de alguma forma semelhante, em razão da necessidade que apresenta uma estreita relação com a funcionalização dos direitos reais por meio de sua obrigacionalização econômico-produtiva, devendo ser visto como um exemplar instrumento desencadeador de uma almejada função social, conforme a imperiosa aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, como faz soar a tese defendida por Ricardo Aronne.²²

Por definição, as enfiteuses tiveram sua importância histórica. Segundo a doutrina clássica, *ad exemplum*, designado por Clóvis Beviláqua onde temos por enfiteuse: “um direito real de posse, uso e gozo de um imóvel alheio, alienável e transmissível por herança,

¹⁸O art. 101 descreve: “Os bens públicos dominiais podem ser alienados, desde que observadas as exigências da lei.”

¹⁹Referência ao Decreto nº. 15.783, de 8 de novembro de 1922.

²⁰Conforme disposições do art. 678, do Código Civil de 1916, dá-se por enfiteuse o mesmo que aforamento ou emprazamento.

²¹Ressalta-se que apesar das constantes e insistentes analogias entre os institutos, defende-se a existência de diferenças significativas entre os mesmos. Imprecisões, a citar, por exemplo: A enfiteuse obrigatoriamente era perpétua ao passo do direito de superfície que não o é; a primeira era onerosa e exclusiva de solos não cultivados ou edificados; enquanto que o segundo pode ser sem ônus e permite vantagens para além do permitido nas terras enfiteuticas. Contudo, cumpre citar o civilista Silvio Venosa que defende a sucessão dos institutos. *In: O direito de superfície no novo código civil*. Disponível em: www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html. Acessado em: <17/02/2009>.

²²Ricardo Aronne *in* **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos**, p. 209.

conferido perpetuamente ao enfiteuta, obrigando-o ao pagamento do foro ao senhorio direto.”²³ Outrossim, o pagamento do foro surge em função da bilateralidade contratual, por ato *inter vivos*, ou disposição de última vontade, remunerando ao proprietário o domínio eminente, ao enfiteuta, o domínio útil, na forma que lhe favoreça, a produção pertencente ao bem.²⁴

Em face disso, ao longo da história, várias distorções ocorreram acerca da perquirição da finalidade de tal instituto de natureza real. As incipientes idéias de preservação de domínio induziam a funcionalização econômico-social dos bens ao império da *civitas*, originária das enfiteuses gregas e romanas, necessárias à defesa da ocupação, um meio ficto adequado a dirimir as pressões sociais de ordem pública.²⁵

Contudo, as distorções ocorreram a partir da idade média em que se valeu da preservação da relação senhoril feudalista remanescente, sofrendo gravames que serviam basicamente de proteção aos interesses proprietários, interesses econômicos, políticos e militares. Naquela época, aos proprietários de extensas áreas dava-se a percepção do foro cambiante a lotação possessória decorrente da imersão dos despossuídos de bens, fixando o servo às glebas, sendo que a própria proteção oferecida trazia em seu cerne a idéia de pertença do senhorial além das terras, as pessoas ligadas a ela.²⁶

Ao passo dos esclarecimentos apresentados por Ricardo Aronne, ao separar domínio da idéia de propriedade, no passado havia uma identificação conceitual, sendo que ambos na seara civil representavam um único instituto com os seus diversos modos reais de ser.²⁷ Quando muito, confundia-se domínio nu indireto (do proprietário) com domínio útil direto (do enfiteuta), padecendo assim, o modo e a forma de funcionalização da propriedade.

Por conseqüência, hodiernamente, tem-se a distorção havida quanto à funcionalização do instituto, pois a sua real adequação sempre procurou ligar o homem ao seu fazer na terra (relação de direito real) à constituição de um domínio útil enfiteutico, uma necessária

²³Clóvis Beviláqua *in* **Direito das coisas**, p. 278.

²⁴Observa-se que a renda e o foro possuem caráter meramente simbólico. Representa apenas uma espécie de reconhecimento pelo enfiteuta de que na pessoa do senhoril repousa a idéia de propriedade e que para tanto, de forma graciosa, esse deve ser compensado pelo uso do imóvel.

²⁵Representava à época um importante papel no processo de atribuição da função produtiva à propriedade pública municipal, enfim, sua origem concentra-se na devida funcionalização do bem público.

²⁶Extensivo a esfera privatista, com o passar do tempo constitui-se um meio produtivo de tornar cultivadas as terras de outrem.

²⁷Ver Ricardo Aronne, *loc. cit.*, p. 211-220.

adaptação a era medieval tendo sua absorção no direito público – em virtude da interpenetração entre o público e o privado -,²⁸ na medida em que se mesclavam os conceitos.

E nesse passo, tanto a posse quanto a idéia de propriedade, nas modalidades originárias advindas do medievo e, estendidas aos códigos de perspectivas liberais, não expressavam o compromisso social de funcionalização, atinente às herdadas concepções da antiguidade.

Sob a ótica de Miguel Reale, no Brasil, quando do surgimento das primeiras enfiteuses, por ser um vasto território despovoado com terras consideradas de domínio público, os imóveis foram aforados, com intuito de proteção contra ocupações estrangeiras invasoras e particulares. No mesmo sentido, as terras devolutas, eram aquelas devolvidas ou retomadas pelo Estado, como estratégia econômica do governo luso-brasileiro, as quais foram se constituindo em aforamentos ou terrenos de marinha.²⁹

Assim, formou-se um vasto patrimônio público pertencente hoje à União, aos Estados e Municípios, assentem o disposto na Constituição Federal denominado domínio eminentes indireto, o qual possibilita sua transferência às pessoas físicas ou jurídicas, o domínio útil em razão de foro ou laudêmios, ou tidas por imóveis informais, feita a particulares por intermédio de termo administrativo ou escritura pública e o título deve ser transcrito no registro imobiliário competente, para a transferência de domínio.

Agora, como visto, sempre prevaleceu à idéia de utilidade e interesse público estatal, acobertando um interesse sócio-econômico do Estado à época.

Da mesma forma, abordar sobre terras devolutas comporta uma série de questionamentos acerca de sua inicial formação, pois, que se sabe, essencialmente, dois diplomas legais definiram o que venha ser terras devolutas, ou seja, a Lei Imperial nº. 601/1850 (Lei de Terras) e o Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946.

Deve-se partir do princípio, conforme disposição da Lei de Terras, terras devolutas seriam as hipóteses de exclusões na lei, a partir do seu art. 3º.³⁰ Posteriormente, o Decreto-lei nº 9.760 de 1946, no seu art. 5º, manteve o critério legal adotado pela Lei de Terras,

²⁸Deve ser apontado o apanhado histórico realizado por Eugênio Fachini Neto: *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, p. 18.

²⁹Miguel Reale in **Do usucapião em caso de enfiteuse**, p. 47-55.

³⁰De acordo com a Lei de Terras: “art. 3º - São terras devolutas: § 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; §2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; §3º As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que , apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por essa lei; § 4º As que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por essa lei.”

chamando-as como sendo aquelas que, embora não sendo aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não foram incorporadas ao patrimônio particular.

A propósito, o Decreto-Lei nº. 9.760/46, o qual regula o domínio público federal introduziu modificações no instituto, muito embora haja normas regais na legislação privatista, visto ainda não ter sofrido modificações.

Não obstante, a doutrina tem centrado entendimento análogo a legislação,³¹ destaca-se as terras devolutas são espécie de terras públicas, ainda que outrora fora dado em sesmaria pela Coroa Portuguesa, são hoje, aquelas terras que não se acharem aplicadas a algum uso governamental em todas as esferas, e que ainda não foram incorporadas ao domínio privado.

Neste sentido, em consonância ao disposto, Garcia *apud* Almeida estabeleceu um critério tricotômico de identificação dessa modalidade de terras, sendo que, segundo o autor, tais terras são:

“ Terras devolutas são:

- a) não se encontram utilizadas pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios;
- b) não estiveram em posse de algum particular em 1850, seja por título ou sem título imobiliário e;
- c) não estejam no domínio de um particular, em decorrência de um título legítimo.”

Contudo, há quem defenda, em uma visão simplificada, conceituando terras devolutas como sendo áreas desocupadas, não possuídas e sem dono. Destoante, a esse entendimento, no pensar de Roberto Moreira de Almeida, as terras em questão não são objetos sem dono ou desocupados. São bens públicos em sentido amplo, que não se encontram destinados a um uso específico pelo poder público.³²

Desse modo, tem-se no agora, a compreensão da imprescritibilidade, por uma via, como se entende na referida regra geratriz dos bens públicos, mas, em contrapartida, visualiza-se a idéia de Juarez Freitas,³³ a abertura de uma possível reclassificação mais consentânea à realidade social, ou seja, funcionalizável. Sustenta-se que, muito embora, as terras devolutas sejam inequivocamente bens públicos desafetados voltados exclusivamente à proteção das terras fronteiriças, deve-se ater que “... não menos imperioso é reconhecer que, nos casos de terras devolutas, não se está diante de bens típicos, ainda que patrimoniais e disponíveis”.³⁴

³¹Devesse considerar o apanhado histórico realizado por Roberto Moreira de Almeida *in Sesmarias e terras devolutas*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun., 2003, p. 313.

³²*Ibidem*, p. 313.

³³Juarez Freitas, *loc. cit.*, p. 51.

³⁴*Ibidem*, p. 66.

Como visto, até então, em essência, os institutos revelam peculiaridades que pertencem não só à gestão dos bens públicos, mas também, à sua satisfatoriedade econômica, a devida distribuição proporcional ao acesso a todos, requisitos imersos nas cláusulas constitucionais que abarcam a função social da propriedade pública indiferente de ser pública ou privada.

Em suma, a gestão dos bens públicos, tendo em mente a vastidão das terras devolutas, enfiteuses e terrenos de marinha deveriam ser “reafetadas” a fim de disponibilizar a repercussão do interesse coletivo, de modo a consagrar uma efetiva função social, o que se passa a analisar.

3 A QUESTÃO DE IMPRESCRITIBILIDADE DO BEM PÚBLICO: um paralelo entre enfiteuses e terras devolutas

Na esfera do desenvolvimento do Direito Administrativo, especificamente na questão do regime jurídico dos bens públicos, os direitos que concernem aos entes federados quanto aos bens pertencentes ao seu domínio - indiferente de sua categorização - são imprescritíveis, sendo assim, impossível usucapi-los, nos moldes de nosso ordenamento jurídico e dominante opinião doutrinária.³⁵ Contudo, surgem no meio acadêmico, ainda que minoritária, algumas posições divergentes.³⁶

Assim, sobre a impossibilidade de se usucapir bens de natureza pública, o tema gera controvérsias, no que toca à possibilidade de se adquirir o domínio pleno por usucapião, dado a afetação dos bens que permanecem sobre o regime de aforamento ou terras devolutas, pois o legislador constitucional preceituou genericamente a sua destinação.³⁷

³⁵A Constituição Federal dispõe no seu art. 183, § 3º e no art. 191, § único, estabelece que os imóveis públicos não estão sujeitos a usucapião. Por extensão, o atual Código Civil reafirma no art. 102: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.” Entretanto, ressalta-se que o Código Civil de 1916 não previa a imprescritibilidade de forma expressa.

³⁶Além de Juarez Freitas, outra voz que se arvora na defesa da usucapião de bens públicos é Tupinambá Miguel de Castro *in* **Direitos Reais Limitados**, 2004.

³⁷A Constituição Federal de 1988 em seu art. 188, caput estabeleceu uma destinação própria às terras públicas e devolutas, ou seja, a sua compatibilização com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. Da interpretação do supracitado artigo depreende-se que o enunciado do texto não define o real destino das terras públicas e das terras devolutas. Conforme José Afonso da Silva “o texto ao falar em terras públicas e das terras devolutas, não fez uma aproximação copulativa sinonímica, porque, se as terras devolutas são públicas, nem todas as terras públicas são devolutas.” Apenas sugere-se que essas terras devem integrar o plano de reforma agrária, e, a partir de então seja realizada a sua distribuição aos agricultores *in* **Comentário contextual à constituição**, p. 750.

Para que se possa adentrar na questão da imprescritibilidade, impõe-se esclarecer, ao leitor quanto ao instituto da usucapião. Considerada pela doutrina uma das formas derivadas de aquisição de domínio e da propriedade, na expressão de Ricardo Aronne quanto à autonomia dos institutos, chama a atenção à consolidação do domínio pelo autor, que no caso das extintas enfiteuses, esclarece: “Não se adquire, por tal via parcela de domínio e sim a totalidade deste, cuja titularidade que se alcançará, é a de proprietário e não de um enfiteuta”.³⁸

Desta forma, tem-se conforme a orientação do art. 1.208, a não indução na posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim, como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade.

E de notar-se a doutrina clássica de Caio Mário descreve a usucapião como sendo uma posse qualificada que se converte em domínio, apresenta por requisito, dentre outros elementos, a posse exercida *cum animus domini*.³⁹ Entretanto, não há correlação entre os termos *animus domini* e *animus enfiteuticum*, sendo o último, não representativo a pretensão de lide de usucapião, por guardar distinção própria do que venha ser uma aquisição de modo originária.

Nosso ordenamento jurídico ao negar a viabilidade de se usucapirem bens públicos, não nos parece clara. Em verdade, pode-se considerar que a interpretação deve considerar o ordenamento como um todo e não apenas, tais dispositivos de forma isolada.

Preocupada apenas com a aquisição da titularidade, esquece-se a jurisprudência pacificou a possibilidade de aquisição de domínio útil,⁴⁰ via usucapião, a exemplo típico das ocorrências com as enfiteuses.

A prescrição é um elemento integrativo, um modo procedimental de se adquirir um direito de natureza real ou mesmo pessoal. Aquisitiva, no sentido que se pode adquirir uma propriedade pelo descaso quanto ao uso e direitos do antigo titular. Compreende-se a prescrição esvazia a pretensão de peticionar, não fulminando a integralidade do direito material. Logo, a idéia de propriedade, de outro modo, seria por assim entender perpétua, não se perderia tão-só pelo não uso.

³⁸ Para além do entendimento da manualística em geral, Ricardo Aronne expõe quanto a equivocada compreensão do instituto por representar um modo derivado de aquisição da propriedade. Neste sentido, ver Ricardo Aronne, *loc. cit.*, p. 259.

³⁹ Caio Mário, *loc. cit.*, p. 138.

⁴⁰ Há tempos nossa corte Superior vem decidindo acerca da possibilidade de se usucapir o domínio útil de um imóvel de espécie dominical, e para ilustrar, pode-se pinçar o seguinte exemplo: USUCAPIÃO. DOMÍNIO ÚTIL REFERENTE À IMÓVEL PÚBLICO. IMÓVEL QUE ANTERIORMENTE JÁ ERA FOREIRO. ADMISSIBILIDADE. Admissível a usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente já se faz contra o particular já então enfiteuta e não contra a pessoa de direito público que continuava na mesma situação em que já se achava, ou seja, como nua-proprietária. Precedentes do STF e STJ. (STJ. Resp. 154.123. Quarta Turma. Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 04.09.1999, DJ 23.08.1999).

Portanto, a distinção é útil ao se observar a necessidade de se atribuir fins econômico-sociais aos bens dominicais – terras devolutas e outros bens esquecidos ao depósito dominical estatal – cujos reais proprietários, o povo, encontram-se a insegurança quanto ao direito à moradia, em face da ausência de uma legislação definidora específica socializante, que venha em atenção aos preceitos fundamentais esculpidos na Carta Política.⁴¹

No que se cinge a devida proteção ao imóvel público, modelado pela moralidade exposta pelo nosso republicano-democrático direito administrativo,⁴² esclarece-se nos devidos termos civis, ao que venha ser propriedade, enfiteuse, arrendamento e usucapião, (nosso vetor de argumentação), afeita a idéia da permeabilização entre o direito público e o privado, assenta razão Juarez Freitas da possibilidade de se usucapir as terras devolutas: “...inexistindo tecnicamente a possibilidade de configuração científica de bens numa zona cinzenta não pública ou revestida dessa condição em hipóteses não universalizáveis”.⁴³

Cristalino nos parece, resgatando o caso “enfiteuses públicas” que se apresentam em desuso pelo principal fato de sua inadequação funcional, as extensas áreas mantidas por alguns proprietários e, de outro, as extensas glebas de terras devolutas improdutivas, ambos os institutos continuam nocivos à paz social e ao bem comum praticamente.

O caráter perpétuo das enfiteuses, elemento de entrave à flexibilização e à sua maleabilidade, torná-lo inepto aos reclames econômico-sociais, quer seja por acentuar as diferenças entre as partes, quer seja pela inércia governamental frente à possibilidade de novas explorações mais favoráveis a comunidade agrícola. No mesmo diapasão, o abandono das terras devolutas com exploração realizadas por particulares, sem devido contrato de concessão de uso real ou arrendamento, reclama a exigência de uma maior aplicação funcional, mormente aos moldes dos atuais institutos (concessões e permissões) seguindo os ditames de um adequado processo licitatório.⁴⁴

⁴¹Introduzido pela Emenda Constitucional nº 26, o art. 6º contempla o direito à moradia já reconhecida no art. 23, IX, como legítima expressão de um direito social, de competência comum incumbe a União, Estado, Distrito Federal e Município, promover programas de construção de moradias, habitação e saneamento, produzindo assim, o direito a uma vida digna. Agora, não há de se esquecer que o direito à moradia não corresponde necessariamente direito à casa própria. É apenas um corolário do direito fundamental à privacidade.

⁴²O princípio da moralidade encontra-se positivado na Constituição nos art. 37, caput e art. 5º, LXXIII. Ainda, temos sua abordagem na Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429 de 2 de junho de 1992). A respeito do princípio da moralidade recomenda-se a leitura de José Guilherme Giacomuzzi in *Amoralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo, Malheiros, 2002.

⁴³Juarez Freitas, *loc. cit.*, p. 58.

⁴⁴Neste entender, em atenção ao art. 2º da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 (regulamento das licitações) dispõe: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

Igualmente, o gravame da perpetuidade, embora seja atenuado pela transmissibilidade aos herdeiros ou comisso é, também, um elemento inapropriado, pois arrendamentos perpétuos de um imóvel administrativo com a exploração de um bem de natureza pública em favor de particulares e sem a devida retribuição, faz perecer o bem deixando o mesmo de desempenhar sua função social.

E a tentativa de caracterizar as enfiteuses distinguindo o domínio direto (estatal) do domínio útil funcionalizado, em respeito à legítima titularidade e as funções decorrentes dos direitos no bem, somente seria efetivada via direito obrigacional. Desse modo, os contratos de arrendamento agrícola típicos da seara obrigacional desempenhariam melhor efeito contra a malfadada perpetuidade real.

De um modo geral, a tendência convergente entre os fenômenos de publicização do direito privado ou de privatização relativa dos bens públicos declara valores que orientam, a partir de então, as atividades estatais, bem assim, as atividades que envolvem os sujeitos privados para com o Estado.

O que se deseja é elevar o vulto de benefícios em relação às antigas restrições impostas pela impossibilidade de uma completa funcionalização do bem público pelo sujeito privado. Tal premissa deve ser a postura acertada, aconselhada por Juarez Freitas: “O princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tão pouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos”.⁴⁵

Logo, a restrição no caso das terras devolutas está sendo impingida não ao Estado, mas deste para contra os que pela sociedade poderiam estar dando a elas a sua devida função social como finalidade econômica-desenvolvimentista e humanista.

4 DA DISPONIBILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS AO CUMPRIMENTO DE SUA EFETIVA FUNÇÃO SOCIAL

Ao verificar o processo jurídico de resguardo da publicização das terras devolutas e enfiteuses, pertencentes de direito a todos os cidadãos, solidariamente ao pensar de Juarez Freitas “tanto em direito quanto em moral”,⁴⁶ vêm firmar a constituição de direitos e deveres

⁴⁵Juarez Freitas in **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, p. 38.

⁴⁶Neste ponto, Juarez Freitas afirma a superação do positivismo que separa Direito e Moral no alcance de uma eficácia prática prudencial quando aborda a questão do princípio da moralidade. Ver o capítulo *O controle dos atos administrativos e a moralidade no direito brasileiro: o princípio da probidade e os desafios da concretização prudente*. *Op. cit.*, p. 178.

para os agricultores, na construção do ideário de cidadania quando se vislumbra a disponibilização de um bem público dominical para que concretize a sua função social.⁴⁷

Quando ao se questionar a predisposição do art. 188, da Constituição Federal, em apresentar a locução “terras públicas e devolutas”, crê-se visualizar um reforço de idéia jurídico-econômica de que terras devolutas – com exceção dos fins indicados no art. 20, inciso II, da Carta Política -, poder-se-iam denominar subespécie do gênero pública, vislumbrando, assim, possível compatibilidade com a reforma agrária, mas, nos termos e condições previstos em lei (art. 189, §único, da CF).

Em um primeiro momento, ao parecer conflitante os interesses entre os do público e do privado se acreditam no princípio da solidariedade como uma melhor concretude “de funções públicas” as terras devolutas, visto assim, tais bens possam assumir a característica de ser um bem público voltado à coletividade.

Conforme dispõe Maria Sylvania Zanella di Pietro a respeito da função social dos bens dominicais afirma a autora que encontra por superada a tese que no passado atribuía aos bens dominicais uma função puramente patrimonial.

“Essa função permanece e pode até constituir importante fonte de recursos para o erário público. No entanto, não há dúvida de que aos bens dominicais pode e deve ser dada finalidade pública, seja para aplicação do princípio da função social da propriedade, seja para observância do princípio da função social da cidade.”⁴⁸

E mais, sustenta a sua adequação:

⁴⁷Há quem sustente que o bem público não suporta, nos mesmos moldes que a propriedade privada, a idéia de função social. Segundo Nilma de Castro Abe, no artigo *Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública*, defende que o delineamento da CF88 não permite esta ampliação para alcançar a propriedade pública, pelas seguintes: “i) pela inexistência de um regime jurídico unívoco de propriedade pública, equivalente ao da propriedade privada, tendo em vista a diversidade de categorias de bens públicos que ensejam a adoção de regimes jurídicos diversos, decorrentes da natureza do bem e do interesse jurídico a ser protegido; ii) pela impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso, o Estado, porque uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direto (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade; iii) pela distinção entre o titular do bem (ente público), o administrador do bem (agentes públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade) de modo que as sanções jurídicas previstas no ordenamento jurídico pelo descumprimento da função social são inaplicáveis aos entes públicos, sob pena de afrontar aos traços característicos do regime jurídico de Direito Público, tais como o princípio da Federação (art. 1º da CF); iv) pela indisponibilidade dos interesses postos na esfera de cada ente público e; v) pela vinculação do Poder público ao cumprimento dos diversos deveres de gestão de seus bens decorrentes de diversas normas infra-constitucionais, que não buscam fundamento direto ou indireto na função social da propriedade.” Contudo, Maria Sylvania Zanella di Pietro no artigo *A função social da propriedade pública* defende que o fato do Poder Público ter o dever de afetar seus bens a fins de interesse da coletividade não exclui a incidência do princípio da função social da propriedade.

⁴⁸Maria Sylvania Zanella di Pietro *in Função social da propriedade pública*, p. 6.

“Com efeito, não há por que excluir os bens dominicais da incidência das normas constitucionais que asseguram a função social da propriedade quer para submetê-los, na área urbana, às limitações impostas pelo Plano Diretor, quer para enquadrá-los, na zona rural, aos planos de reforma agrária.”

Ainda, convém registrar, sustentando tese paritária, tem-se o pensar do jurista Silvio Luís Ferreira da Rocha, dispondo:

“ O fim obrigatório que informa o domínio público não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, de modo que o princípio da função social da propriedade incide sobre o domínio público, embora haja a necessidade de harmonizar o referido princípio com outros.

O princípio da função social da propriedade incide sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reintegratória do Poder Público, em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana; incide também sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reivindicatória do Poder Público com fundamento no art. 1.228, §4º, do Código Civil.

O princípio da função social incide, também, sobre os bens de uso especial mediante submissão dos referidos bens aos preceitos que disciplinam a função social dos bens urbanos, especialmente ao atendimento da função social das cidades.

O princípio da função social incide, outrossim, sobre os bens dominicais conformando-os à função social das cidades e do campo e viabilizando a aquisição da propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva.”⁴⁹

Embasado no princípio teleológico da tese argüida por Juarez Freitas, o fim da melhor distributividade possível como princípio da imparcialidade ou da impessoalidade,⁵⁰ cedem caminho à forma de titularizar a exploração sócio-econômica de tais bens,⁵¹ a semelhança dos demais. Esclarece-se, contudo, não torná-los propriedade de poucos, visto que, mormente se perquire a distribuição aos interesses finalísticos de utilidade dos domínios, aos trabalhadores rurais.

Neste sentido, corroborando com a tese mencionada preceitua Wanildo Franco:

“Não há nestes casos usucapião do bem público como um direito do posseiro mas, sim, o reconhecimento do Poder Público da conveniência de legitimar determinadas ocupações, convertendo-as em propriedade em favor dos ocupantes que atendam às condições estabelecidas na legislação da entidade legitimante. Essa providência hamoniza-se com o preceito constitucional da função social da propriedade e resolve as tão freqüentes tensões resultantes da indefinição da ocupação, por

⁴⁹Neste sentido ver a obra de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, **Função social da propriedade pública**, p. 160.

⁵⁰Ver Juarez Freitas, *loc. cit.*, p. 33-38.

⁵¹Observa-se, a forma de disponibilização desses bens públicos segue em observância a determinados requisitos contidos na Lei nº. 8.666/93 e na Lei nº. 11.079/2004, ou seja, por intermédio de licitação, na modalidade concorrência, em virtude de sua obrigatoriedade nas compras ou alienações de bens imóveis.

particulares, de terras devolutas e de áreas públicas não utilizadas pela Administração.”⁵²

Observa-se, o critério pelo qual a argumentação vem nos sendo posta releva por uma nova possibilidade hermenêutica que venha a ocorrer seja pelos critérios axiológicos, em uma compreensão que apregoa a eficácia dos direitos fundamentais,⁵³ substancialmente em prol de redução de assimetrias, ou seja, pela aspiração de verem-se nos atos normativos indicativos das publicizações.

Como visto, nossa ordem constitucional apresenta por base o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁴ e vem assumindo o compromisso de firmar no ordenamento jurídico esta noção, invocando preferência pela interpretação axiológica diretiva dos direitos fundamentais com fulcro no direito social à moradia, uma possível solução aos entraves às ocupações superficiais urbanas e a não funcionalidade das terras devolutas.

Segue, a partir de então, a idéia de que o nosso sistema jurídico é vinculante e diretivo, o qual dispõe da função de orientador do intérprete do direito à unidade constitucional (una e indissociável), pois se o sistema deve guardar comunicação com os demais envolvidos (social, econômico e político etc.)⁵⁵ e, em virtude dessa comunicação, tem-se, por conseqüência, um sistema aberto, móvel e dinâmico,⁵⁶ legitimador de um autêntico Estado Social e Democrático de Direito.⁵⁷

O que se pretende, na verdade, é viabilizar formas da esfera pública cooperar com o desenvolvimento social, na medida em que, sob a égide da ordem constitucional posta, se atribui uma melhor significação às relações do poder público com o particular (considerando a

⁵²Ver artigo de Wanildo José Nobre Franco: *Domínio público – bens públicos*.

⁵³Para uma abordagem completa sobre o tema, têm-se as obras de Ingo Wolfgang Sarlet: *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, e *A eficácia dos direitos fundamentais*. “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 62.

⁵⁴“(…) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Ingo Wolfgang Sarlet *in A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60.

⁵⁵Reforçando a idéia de que o direito é um fenômeno social, não uma ciência pura.

⁵⁶Ricardo Aronne *in Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 102.

⁵⁷A noção de contemporânea de Estado passa obrigatoriamente pela concretização da dignidade da pessoa humana. Para tanto, impõe tal desiderato, a desconsideração do caráter da relação que está em análise, ou seja, tanto pode ser uma relação de ordem pública ou privada.

intersubjetividade),⁵⁸ de forma a interpretá-lo como “detentor do poder, não simples destinatário” das atividades públicas e privadas, que se aperfeiçoam na medida em que se funcionalizam mutuamente.⁵⁹

Neste ponto de consideração, exaltamos que a participação popular melhor se fará pela manutenção e não pela diminuição do poder público sobre os bens que são de todos. Os desvios e o esvaziamento da riqueza pública, não se realizam em virtude de serem públicas, mas por sê-las “transéticas”, isto é, dialógica no interior de um mesmo ser, a Constituição Federal como igualdade ético-ponderativa, que não permitiria separar os três poderes do povo.

Considerados os aspectos enfatizados anteriormente, sejam da relação obrigacional existente nos casos de enfiteuse, seja na problemática inviabilidade de se usucapir bens de natureza pública,⁶⁰ destaca-se, por importante, o adequado processo hermenêutico à luz Direito Constitucional, com base no direito agrário e nos direitos fundamentais, em especial, no direito social à moradia.

Como visto, são apoios ao equilíbrio sócio-econômico, ao combate à miserabilidade crescente,⁶¹ minimizáveis pela legalização das terras à responsabilidade privada, se democrática, como tantas mais tituladas nas já constantes Parcerias Público-Privadas ou nas concessões de atividades econômicas.

Os substantivos constitucionais, para os quais se direciona a idealidade de funcionalização da propriedade,⁶² a de servir de instrumento para a consecução do bem comum, faz valer o direcionamento para um possível desenvolvimento econômico da maior fronteira possível de bens públicos, de forma a maximizar os fatores de produção agrícolas.

Para tanto, atentando-se ao prevalectimento das prerrogativas imperativas constitucionais de inalienabilidade e de imprescritibilidade dos bens públicos, dada atual posição jurídica, desejável nos parece aos casos das enfiteuses e terras devolutas, a criação de Emenda Constitucional, como forma adequada a modificação constitucional a efetivar o devido manuseio desses bens públicos pelo sujeito privado.

⁵⁸Um agir comunicativo não engessado, apresentado por Jürger Habermas como sendo intersubjetivo.

Consciência moral e agir comunicativo, p. 63.

⁵⁹Juarez Freitas, *loc. cit.*, p. 87.

⁶⁰Reafirmada pelo STF pela Súmula 340 – “Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

⁶¹Como objetivo fundamental da República brasileira, o contido no art. 3º, inciso III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, assim como o inserido no art. 170, caput e, especialmente nos incisos I e II, ou seja, uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme o ditame dos princípios da soberania e da função social da propriedade.

⁶²Nota-se, a CF88 expressa claramente o princípio da propriedade privada da mesma forma que resguarda a idéia da função social da propriedade pública, insito de forma implícita quando tratado das políticas urbanas, a citar o art. 182 que trata do desenvolvimento urbano, “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

Por derradeiro, especial referência, se faça aos que já ocupam e desenvolvem de boa-fé terras devolutas públicas dando a constitucional função social àquelas propriedades imóveis.

Casos especialíssimos a partir dos quais se façam as demais análises, por engendram a mais diversa gama de exemplos possíveis de ocorrerem na vida prática urbana e rural, tendo-se de visada que aí se exemplificaria uma postergação de eficácia da lei no tempo, abraçada pela Constituição Federal como possível direito adquirido,⁶³ ou fato consumado defensável, de quem crê no Estado e em sua ausência, habilitando-se justificadamente.

CONCLUSÃO

Ao analisar a temática dos bens públicos, em especial, no que se refere aos bens dominicais ao submeter ao exame dos pressupostos constitucionais, tem-se o imperativo pela imprescritibilidade desses bens, bem como segue a mesma linha de impedimento quanto a sua alienação e disponibilização ao ambiente externo, segundo ordem reguladora da administração pública, por obedecer aos critérios democrático-republicanos da precedência licitatória, exceções restritas na lei de âmbito especial.

Neste sentido, parece, também sob mesmo viés, enfatizado nos artigos 183 e 191 constitucionais que a proibição de se usucapir terras ou solo urbano públicos é aí patente, pelo que, só por tal via se lhes podem mudar os prospectos, por intermédio de uma Emenda Constitucional.

Considerem-se, ao encaminhamento de soluções, as semelhanças ou disfunções entre os institutos da propriedade e da enfiteuse, em suas perpetuidades, e os demais instrumentos jurídico-administrativos das técnicas modernas de atuação à disposição do Estado para efetuar a inafastável racionalidade moral, de sua essência mesmo, tanto os bens quanto os seus préstimos.

⁶³Importante chamar atenção à acertada decisão do STJ que manteve a decisão do tribunal *a quo* estabelecendo que na ausência de uma prova cabal da titularidade de entidade pública quanto ao bem tido por terra devoluta, cabe às autoras a usucapião do bem, ocorrida à prescrição aquisitiva. Neste sentido: RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. FAIXA DE FRONTEIRA. POSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE REGISTRO ACERCA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO EM FAVOR DO ESTADO DE QUE A TERRA É PÚBLICA. 1. Terreno localizado em faixa de fronteira, por si só, não é considerado de domínio público, consoante entendimento pacífico da Corte Superior. 2. Não havendo registro de propriedade do imóvel, inexistente, em favor do Estado, presunção *iuris tantum* de que sejam terras devolutas, cabendo a este provar a titularidade pública do bem. Caso contrário, o terreno pode ser usucapido. Recurso especial não conhecido. (STJ. Resp. 674.558/RS, Quarta Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em: 13.10.2009, DJ:26.10.2009.)

E assim, o que se deseja é abandonar o direito como algo estanque e sistêmico,⁶⁴ adequando-o ao encaminhamento e soluções, resgatando os institutos da enfiteuse com sua outrora função exercida, dispondo para tanto de técnicas modernas de atuação do Estado à realização do devido atendimento à coletividade. Concebe-se, frente as já existentes formas de liberalizar – prescritas e regulamentadas -, que se adequam a modos produtivos democráticos, a exemplo das correntes Parcerias Público-Privadas – PPP's, concessões, permissões ou arrendamentos, até mesmo por atos cooperativados.

Destarte, sob a abordagem que visa a construção de uma nova compreensão do direito positivado, passa, sobretudo, pelo ideário axiológico do texto constitucional (de atuação vinculante), o qual guarda importância devido aos princípios (em especial atenção ao fundamental princípio da dignidade da pessoa humana), que vem gerando uma nova arquitetura sobre o direito no geral, mais adequado ao reconhecimento da complexidade das relações jurídicas.

Desse modo, segundo a proposta, tem-se no agora, a compreensão da imprescritibilidade, por uma via, como se entende na referida regra geratriz dos bens públicos, mas, em contrapartida, visualiza-se a idéia da abertura de uma possível reclassificação mais consentânea à realidade social, ou seja, funcionalizável.

A essa exigível reclassificação dos bens públicos para se alcançar sua melhor funcionalização social, não se afasta, segundo os autores mencionados, da necessária adequação aos fatos nos quais incidiria sua eficácia, como regra teleológica de melhor aproximação de focos, sem fugir à luz dos princípios da Constituição Federal e tradição democrática.

Sustenta-se que, muito embora, as terras devolutas sejam inequivocamente bens públicos desafetados voltados exclusivamente à proteção das terras fronteiriças, deve-se ater que nos casos de terras devolutas, não se está diante de bens típicos, ainda que patrimoniais e disponíveis.

E, por fim, para aqueles que se comprometem a aplicar o Direito como instrumento realizador de uma ordem jurídico-social mais justa, para além de uma postura limitante, o

⁶⁴Sistêmico é noção que advém de Niklas Luhman sendo que a base de seu sistema é a razão. Só ela conserva o processo, por que reduz a sua complexidade. Como assinala Habermas: "(...)sob o nome de racionalidade sistêmica, a razão, liquidada como irracional, reconhece-se exatamente nesta função: ela é o conjunto das condições de possibilidade da conservação do sistema. A razão funcionalista se expressa no autodesmentido irônico de uma razão restrita à redução de complexidade. Trata-se de uma razão restrita, visto que o quadro de referência metabiológico – ao contrário do que ocorre com a teoria da comunicação com seu conceito de razão comunicativa, desenvolvido a partir das funções da linguagem e das pretensões de validade – não suplanta a limitação logocêntrica da metafísica, da filosofia transcendental e da semântica, antes a ilude". *O discurso filosófico da modernidade*, p. 517-518.

desafio maior aos operadores jurídicos seria o abandono de uma postura menos engessada de dogmatismos, visão esta que impossibilita a ocorrência de uma análise mais conceitual demonstrando a existência de um direito que transcende o olhar dogmático e, em verdade, traduz uma nova proposta de reflexão à jurisprudência, cuja aproximação da realidade social é cada vez maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Sesmarias e terras devolutas. Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun. 2003.

ARONNE, Ricardo. Aproximações críticas de Direito Civil-constitucional, repersonalização, direitos reais e caos: determinismo dogmático e indeterminação jurisprudencial. *Direito e Justiça*. Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 32, n. 2, dez./2006, p. 221-270.

_____. *Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

_____. Titularidades e apropriação no novo código civil brasileiro: breve ensaio sobre a posse e sua natureza. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

_____. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

_____. Sistema Jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil-constitucional. IN: *I Congresso Sul-Americano de Filosofia do Direito e IV Colóquio Sul-Americano de realismo jurídico*. Porto Alegre, PUCRS, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense, s./d.

BITTECOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo,

Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto, *et.al.* Dicionário de política. V.2. 12.ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004.

____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília, Universidade de Brasília, 1997.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumin Juris, 2005.

____. *Os bens públicos o novo código civil*. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.../18976> Acessado em: 23 de fevereiro de 2010.

CUNHA Jr., Dirley da. *Terras devolutas nas constituições republicanas*. Disponível em: <www.jfse.jus.br/.../artigoterrdevdirley.html>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo, Atlas, 2004.

____. A função social da propriedade pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 15 de março de 2010.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006.

FRANCO, Wanildo José Nobre. Domínio público – bens públicos. *Boletim Jurídico*. Uberaba, ano 4, n. 158. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=989>>. > Acessado em: 05 de março de 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. Usucapião de terras devolutas em face de uma interpretação constitucional teleológica. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, Jurid Vellenich, ano 18, v.121, fev. 1994, p. 49-59.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo, Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos: uma interpretação à luz da unidade constitucional. Teresina, Jus Navigandi, ano. 12, n. 1691, fev. 2008. Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp.id=10948>>. Acessado em: 05 de março de 2010.

HABERMAS, Jünger. Excurso sobre a apropriação da herança da filosofia do sujeito pela teoria dos sistemas de Luhman. IN: _____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003.

MAFFINI, Rafael de Cás. *Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 31.ed. São Paulo, Revista dos

Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

____. Os terrenos de marinha aforados e o poder municipal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, v. 396, 1986

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro. *Direitos reais limitados*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4.ed. V.IV. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. V.I. Brasília, Senado Federal, 2004.

REALE, Miguel. Do usucapião em caso de enfiteuse. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.519, jan. 1979.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo, Malheiros, 2005.

SALLES, José Carlos Moraes. Usucapião de direitos reais sobre coisas alheias e de outros direitos. IN: _____. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 6.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 146-154.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentários contextuais à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2005.

TOSI, Celso. As terras devolutas e o município. *Justitia*. São Paulo, v. 47, n. 130, jul./set.1985, p. 77-111.

VENOSA, Silvio. O direito de superfície no novo código civil. Disponível em: <www.societario.com.br/demarest/superficie.html>. Acessado em: 13 de fevereiro de 2010.

ABSTRACT

This monograph, linked to the Preparatory Course of the School of Magistrates of Rio Grande do Sul and IMED, looks about the legal possibility of providing public land to lease vacant and its principal purpose social function in the manner as previously prepared and reconsidered by the Constitutional text . The understanding of its proper functionalization involves the social feasibility of settlement of leases or concession of real use between the state and farmers. It argues, for this purpose necessary systematization, as a return of the Sunday public goods to the community as a way of calling for greater solidarity and real vector of social democracy.

Keywords: Public goods; Public Goods Dominicais; Social Function of Public Goods;
Vacant Lands; Emphiteuses

Entrega dos originais: 15.07.2010.

